~~J. germ. 10 r~~ (2
Beseler

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

J. germ. 10 r-2,1

<36622116360018

<36622116360018

Bayer. Staatsbibliothek

Die Lehre

von den

Erbverträgen.

Von

Georg Beseler.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Zweiter Theil

Erster Band: allgemeiner Theil; der Erbeinsetzungs-
vertrag im Allgemeinen.

Göttingen,
in der Dieterichschen Buchhandlung.
1837.

111. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Ich finde mich durch verschiedene Gründe veranlaßt, den zweiten Theil der Lehre von den Erbverträgen in zwei Bänden, von denen ich den ersten hiermit dem Publicum vorlege, erscheinen zu lassen; der zweite und letzte, welcher unverzüglich nachfolgen soll, hat es denn noch mit den besonderen Instituten, in welchen sich der Erbeinsetzungsvertrag darstellt, zu thun; er wird ferner den Erbverzicht historisch und dogmatisch behandeln, und anhangsweise den Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten. Diese Theilung eines Werks, welches auf einen systematischen Zusammenhang Anspruch macht, hat allerdings, wie ich sehr wohl fühle, etwas Bedenkliches; ich glaube jedoch, daß dieser erste Band für sich abgeschlossen genug ist, um sich einer selbständigen Beurtheilung unterziehen zu dürfen. Der geneigte Leser wird auch da, wo ich nicht ausdrücklich auf die Fortsetzung verwiesen habe, leicht einsehen, ob eine Untersuchung schon ihre volle Erledigung gefunden hat, oder ob noch im Folgenden eine weitere Ausführung zu erwarten ist.

Meine Entfernung vom Druckort hat es gemacht, daß trotz der sorgfältigen Revision eines Freundes einige zum Theil sinnentstellende Druckfehler stehen ge-

blieben sind, die sich, soweit ich sie bemerkt habe, hinten verzeichnet finden. Außerdem habe ich mich selbst einiger kleiner Nachlässigkeiten anzuklagen. Cujacius ist nämlich regelmäßig nach der pariser Ausgabe seiner Werke von 1617. citirt worden, S. 58. in der Note 43. aber nach der Ausgabe von 1577., und Mühlenbruch's Ansicht von der Wirkung des zum Besten eines Dritten abgeschlossenen Vertrages ist S. 75. nicht ganz richtig angegeben worden, wie man aus der Vergleichung des S. 233. Gesagten ersehen kann. Wenn ich aber das schwäbische Landrecht nicht, wie im ersten Theile, nach der von der Lahr'schen Recension, sondern nach dem codex ambr. bei Senckenberg citirt habe, so ist das nicht aus Nachlässigkeit, sondern absichtlich geschehen. Mein Freund, der Professor Wackernagel in Basel läßt nämlich ehestens eine neue Ausgabe dieses Rechtsbuchs erscheinen, deren Vortrefflichkeit alle andere aus dem Gebrauche verdrängen wird; er folgt aber der Ordnung der genannten Handschrift, und deswegen habe auch ich mich bei den Citaten nach ihr gerichtet.

Im Uebrigen kann ich denn nur wünschen, daß auch dieser Theil sich derselben freundlichen Nachsicht möge zu erfreuen haben, welche man dem ersten so gütig erwiesen hat. Ich kann mir wenigstens das Zeugniß geben, daß ich keiner schwierigen Untersuchung wissentlich aus dem Wege gegangen bin, und hoffe, daß man dieses anerkennen wird, wenn auch die ge-

fundenen Resultate nicht immer befriedigen sollten. Auch bitte ich zu beachten, daß es sich hier von einer Lehre des positiven Rechts handelt, deren Inhalt der Herrschaft frei gewählter Principien fast ganz entzogen war, und hauptsächlich durch die consequente Entwicklung gegebener Begriffe hergestellt werden mußte.

Ich habe keine Gelegenheit gesucht, mich über Fragen auszulassen, welche mit dem behandelten Gegenstande nicht zusammen hängen; auf der andern Seite habe ich es aber auch nicht vermieden, da, wo sich die Veranlassung darbot, meine Meinung über den Werth unserer gesammten Jurisprudenz in ihrer früheren und gegenwärtigen Wirksamkeit und Beschaffenheit freimüthig auszusprechen. Wenn diese Aeußerungen nun zum Theil auffallend, und wenigstens dem Stande, den sie treffen, anstößig erscheinen mögen, so will ich hier nur erklären, daß ich weit entfernt bin zu glauben, als ob durch das in dieser Schrift gelieferte Detail der volle Beweis für manche harte Anklage geliefert worden sey, wenn auch immerhin ein nicht uninteressanter Beitrag dazu gegeben seyn mag. Es sind das Ansichten, die eine allgemeine Begründung verlangen, die ich aber, weil sie einen Theil meiner innigsten Ueberzeugung ausmachen, in ihrer ganzen Strenge festhalte und zu vertreten bereit bin. In dieser Beziehung also will ich keine Nachsicht, ja ich wünsche sogar, daß man es recht genau mit mir nehme, und es namentlich zur Frage stelle, ob mein Urtheil über die Thätigkeit der

deutschen Jurisprudenz in dieser bestimmten Lehre ungerecht gewesen ist. Man wende mir nicht ein, daß dadurch Fragen zur Erörterung gebracht werden, um die sich der positive Jurist nicht zu bekümmern habe. Ueber kurz oder lang wird unser Stand doch nicht umhin können, der Nation Rechenschaft zu geben über die Art und Weise, wie er das theils ihm anvertraute, theils von ihm usurpirte Gebiet verwaltet habe, und da möge sich denn schon jetzt jeder bedenken, auf wessen Seite er stehen werde; — ich bin mit mir darüber im Klaren. Wenn ich auch nicht überhaupt die angenehmsten Erinnerungen von meinem mehrjährigen Aufenthalt zu Basel in der Schweiz ins Vaterland zurückgenommen hätte, so würde doch schon der Umstand mich zum lebhaftesten Danke verpflichten, und das Andenken jener guten Stadt nie bei mir verschwinden lassen, daß ich dort einen Rechtszustand kennen gelernt habe, der in seinen allgemeinen Zügen und seiner ganzen Anlage nach den Gesetzen der Gerechtigkeit ebenso gut entspricht, als den Bedürfnissen einer gebildeten Zeit und den Anforderungen einer freien Gemeinde. Sollten diese Eindrücke sich auch in dem vorliegenden Werke, welches ich noch in Basel geschrieben habe, wieder abspiegeln, so würde ich darin mit Freuden die Gewähr, daß es nicht mißlungen ist, erkennen.

Dem Freunde, welchem ich den ersten Theil zugeschrieben habe, sey auch dieser zweite gewidmet.

Rostock, im November 1837.

Inhalt.

Erster Abschnitt.
Allgemeiner Theil.

Erstes Kapitel.
Gegenstand, System und Princip der Lehre von den Erbverträgen.

§. 1. Gegenstand und System. . . . . S. 1.
§. 2. Der Vertrag als Princip der Lehre. . . — 27.
Stellung des Vertrags im Allgemeinen und zu dieser Lehre S. 27. — Form und Formlosigkeit des Vertrags S. 34. — Vertragsberedung S. 56. — Vertrag zum Besten eines Dritten S. 71.

Zweites Kapitel.
Die Erbverträge im römischen Rechte.

§. 3. Testamentum per aes et libram. . . . — 84.
§. 4. Ungültigkeit der Erbverträge nach römischem Rechte. . . . . — 102.
Ungültigkeit des Erbeinsetzungsvertrags S. 103. — Des Erbverzichts S. 109. — Gründe des Verbots S. 113.

Drittes Kapitel.
Literärgeschichte.

§. 5. Romanisirende Auffassung der Erbverträge — 118.
Die italienischen Juristen S. 121. — Die deutschen S. 126.
§. 6. Germanistische Auffassung der Erbverträge — 148.
Allmähliche Anerkennung ihrer gemeinrechtlichen Geltung S. 148. — Versuche, sie wissenschaftlich zu begründen S. 160.

Zweiter Abschnitt.
Besonderer Theil.

Erste Abtheilung.
Von dem Erbeinsetzungsvertrage.

Erste Unterabtheilung
Von dem Erbeinsetzungsvertrage im Allgemeinen.

Erstes Kapitel.
Der Erbeinsetzungsvertrag als selbständiges Institut.

§. 7. Historische Einleitung. . . . . — 172.
Erbeinsetzungsvertrag und deutschrechtliche Vergabung von Todes wegen S. 172. — Bedeutung

des Erbeinsetzungsvertrags in der Praxis S. 181. — Rechtsgrund für die gemeinrechtliche Geltung desselben S. 201.

§. 8. Begriff und Arten des Erbeinsetzungsvertrags. . . . . S. 207.
Begriff S. 207. — Erbeinsetzungsvertrag an einzelnen Sachen S. 213. — Wechselseitiger Erbeinsetzungsvertrag S. 228. — Erbeinsetzungsvertrag zum Besten eines Dritten S. 231.

§. 9. Form des Erbeinsetzungsvertrags. . . . . — 233.
Prüfung von Eichhorn's Ansicht über die Schriftlichkeit S. 234. — Welche Form die angemessenste ist S. 244.

§. 10. Wirkungen des Erbeinsetzungsvertrags . — 246.
Im Allgemeinen S. 246. — Fähigkeit der Contrahenten S. 254. — Unwiderruflichkeit des Erbeinsetzungsvertrags S. 256. — Freie Verfügung des Promittenten während seines Lebens S. 257. — Bedingungen S. 268. — Anfall und Erwerb der Erbschaft S. 270. — Abzug der falcidischen und trebellianischen Quart S. 277. — Nemo pro parte testatus etc. S. 277. — Accrescenzrecht S. 280. — Anfall des Reservats S. 286. — Klagen des Vertragserben S. 291.

§. 11. Aufhebung des Erbeinsetzungsvertrags . — 293.
Verletzung des Notherbrechts S. 294. — Der Vertragserbe stirbt vor dem Erblasser S. 304. — Andere Gründe der Aufhebung S. 310.

Zweites Kapitel.

Der Erbeinsetzungsvertrag in Verbindung mit den letztwilligen Verfügungen des römischen Rechts.

§. 12. Vertrag und Testament. . . . . . . — 314.
Versprechen einer testamentarischen Erbeseinsetzung S. 315. — Ob ein Testament durch Vertrag unwiderruflich gemacht werden kann S. 316.

§. 13. Wechselseitiges Testament. . . . . . — 325.
Auffassung des Instituts in der älteren Doctrin S. 327. — Ansichten der späteren Juristen S. 329. Bestimmungen der Partikularrechte S. 340.

§. 14. Pacta dotalia simplicia et mixta. . . — 343.
Einführung S. 344. — und Verdrängung derselben aus dem gemeinen Recht S. 347.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Erster Abschnitt.

Allgemeiner Theil.

Erstes Kapitel.

Gegenstand, System und Princip der Lehre von den Erbverträgen.

§. 1.

Gegenstand und System.

Ich habe den ersten Theil dieser Abhandlung auch unter einem besonderen Titel erscheinen lassen, weil ich von vorne herein darauf hinweisen wollte, daß die Untersuchungen, welche er umfaßt, nicht allein in der Absicht angestellt worden sind, um für das heutige Recht gewisse Resultate zu gewinnen oder wenigstens historisch zu begründen. Ich habe vielmehr die Vergabungen von Todes wegen als ein selbständiges Institut aufgefaßt, welches, so lange im deutschen Rechte bewahrt und mit Sinn und juristischem Takte ausgebildet, es wohl verdiente, zum Gegenstand einer Arbeit gemacht zu werden, deren ungetheilte Aufmerksamkeit auf seine Darstellung und Entwickelung gerichtet war. Dabei wurde denn das Detail der Lehre nicht vermieden; ja der Zustand unserer Rechtsquellen brachte es mit sich, daß sehr häufig nur aus dem Zusammenstellen und Ineinanderfügen einzelner Andeutungen und Erscheinungen ein Resultat gewonnen werden konnte, welches dem Ganzen als organischer Theil sich an=

schloß. Ich hoffe, daß es mir im Allgemeinen gelungen ist, jenes Institut der Form und dem Wesen nach in seiner eigenthümlichen Gestalt hinzustellen, und ihm den Platz anzuweisen, welchen es im älteren deutschen Sachenrechte einnimmt.

Durch diese Art der Behandlung nun mußte es nothwendig geschehen, daß jener erste Theil in kein so enges Verhältniß zu der Lehre von den Erbverträgen getreten ist, als man gewöhnlich zwischen diesen und seinem Inhalte anzunehmen pflegt. Die Erbverträge, heißt es, sind entweder Erbverzichte oder acquisitive Erbverträge; beide Arten sind dem deutschen Rechte von jeher bekannt gewesen, und zwar die letzteren so, daß, wenigstens ursprünglich, zum Vertrage noch als besondere Form des Geschäfts die Auflassung hinzutrat. Dieser Act aber wurde nicht als das Wesentliche hervorgehoben, sondern man faßte den Vertrag als das Princip der Lehre auf, so daß man für alle Perioden des deutschen Rechts unbedenklich von Erbverträgen, vertragsmäßiger Erbfolge sprach, und von diesem Standpunkte aus dem Institut die weiteste Ausdehnung auch für das geltende Recht einräumte. Ich glaube nun, gegen eine solche Auffassung jener alten Geschäfte mich auf das Bestimmteste erklären zu müssen. Die Vergabungen waren keine Erbverträge; der Vertrag nahm zur Auflassung, dem ursprünglichen und eigenthümlichen Mittel ihrer Vollziehung, nur die Stelle einer vorbereitenden Verabredung ein, auf jenem feierlichen Acte aber beruhte die Möglichkeit und die rechtliche Stellung des ganzen Geschäftes. Nun bin ich zwar weit entfernt, leugnen zu wollen, daß es im heutigen Rechte eine Erbfolge aus dem Vertrage giebt; auch gebe ich zu, daß sie auf eine gewisse Weise aus dem Institute der Vergabungen hervorgegangen ist: aber ich

vermisse die Identität, welche man dem Wesen nach zwischen beiden Geschäften hat finden wollen, und kann daher auch weder den generalisirenden Folgerungen, die man aus der Gültigkeit der Erbverträge im älteren Recht für das heutige zu ziehen pflegt, noch den unmotivirten Schlüssen von dem einen Institute auf das andere beistimmen. Daß diese Verschiedenheit der Ansichten über das Wesen jener alten Geschäfte und über ihr Verhältniß zu den Erbverträgen sich aber nicht bloß da von Einfluß zeigt, wo es sich von der historischen Auffassung dieser Lehre handelt, sondern auch auf die Entscheidung mancher praktisch sehr wichtigen Fragen einwirken muß, wird im weiteren Verlauf dieser Schrift an mehren Orten nachgewiesen werden. Eben dieses negative Resultat, zu welchem ich durch die im ersten Theile enthaltenen Untersuchungen geführt worden bin, war mir für die Auffassung und Darstellung dieser ganzen Lehre von der höchsten Wichtigkeit, und hat auf dieselbe einen ganz entschiedenen Einfluß ausgeübt, während das historische Material, welches ich dadurch für die juristische Construction des jetzt geltenden Instituts gewonnen habe, mehr bei der Erörterung einzelner Punkte und Rechtsfragen von Wichtigkeit ist. Denn obgleich ich mich bei der Ausarbeitung des ersten Theils durch diese seine Beziehung auf den Inhalt des zweiten nicht vorzugsweise leiten ließ, so habe ich sie doch auch nie ganz aus dem Auge verloren, wie sich das schon aus der Benutzung mancher dort angestellten speciellen Untersuchungen ergeben wird.

Demnach umfaßt nun dieser zweite Theil, mit welchem das Werk geschlossen seyn soll, eigentlich die ganze Lehre von den Erbverträgen; der erste enthält, wenn man will, eine historische Einleitung dazu. Aber natürlich ist darin

das historische Material, welches für die Begründung dieser Lehre erforderlich ist, nicht vollständig niedergelegt worden: die Erbverzichte sind noch ganz außer Frage geblieben, und die Periode, in welcher statt der alten Vergabungen die acquisitiven Erbverträge aufkamen, verlangt auch für diese noch eine besondere Untersuchung. Ueberhaupt gestattet es die eigenthümliche Beschaffenheit des deutschen Rechts nur in seltenen Fällen, den Weg der historischen Deduction zu verlassen, und eine dogmatische Entwickelung an ihre Stelle zu setzen. Was wir jetzt deutsches Privatrecht nennen, (und mit dem öffentlichen Recht verhält es sich auf eine ähnliche Weise) hat zwar das mit jedem Rechte gemein, daß es etwas Ruhendes, in der Zeit Gesetztes ist, und insofern bis auf einen gewissen Grad der unmittelbaren Beobachtung unterworfen. Darum wird auch derjenige, welcher es mit Glück behandeln will, eine klare Anschauung der Gegenwart und die Kunde von ihren Ansichten, Einrichtungen und Bedürfnissen nicht entbehren können. Aber auf der andern Seite fehlt doch hier der feste Anhaltspunkt, welchen eine umfassende Legislation dem Juristen sonst wohl bietet, und der Germanist ist gezwungen, fast sein ganzes Material aus der Vorzeit herüberzuholen, um für die Gegenwart ein sicheres und angemessenes Resultat zu gewinnen. Denn wenn sich auch allerdings eine solche Lage der Dinge denken ließe, daß für einheimische Institute die Beobachtung ihrer unmittelbaren Erscheinung im Volke einen hinreichenden Stoff darböte, um ihre wesentlichen Beziehungen zu erfassen, und ihre rechtliche Beurtheilung möglich zu machen: wie die Sachen jetzt stehen, so reicht die Ausbeute einer solchen Untersuchung selten dafür aus, und auf jeden Fall wohl nur bei den Instituten, welche den Ansichten und Bedürfnissen der neueren Zeit ihren

Ursprung verdanken, und bei der jetzigen Stellung der Jurisprudenz vor dem übermächtigen Einfluß des fremden Rechts bewahrt werden konnten. Anders verhält es sich mit den Lehren, welche eine lange Geschichte aufzuweisen haben, und die uns meistens so mit fremdartigen Elementen zersetzt überliefert worden sind, daß ihre jetzige Gestalt nur ein mehr oder weniger getrübtes Bild von ihrem eigenthümlichen Wesen aufzunehmen gestattet. Hier muß denn die historische Forschung eintreten, um die ursprüngliche Natur solcher Institute darzulegen, und ihre allmählige Umgestaltung nachzuweisen, mag diese nun durch ein inneres Bedürfniß herbeigeführt seyn, oder im allgemeinen Gange unserer Rechtsentwickelung ihren Grund haben, oder endlich aus der Einwirkung bloß äußerlicher und zufälliger Umstände erklärt werden müssen. Rechnet man hierzu nun noch die unvollständige Beschaffenheit unserer Rechtsquellen, welche zum Theil ohne alle sichere Beglaubigung ihrer Authenticität in Tausenden von Büchern und Schriften zerstreut umher liegen: so wird sich das Bedürfniß immer deutlicher herausstellen, bei der Bearbeitung einer Lehre aus dem deutschen Recht stets nur an der Hand der Geschichte und der Kritik vorzugehen, und ein gefundenes Resultat nur dann als gesichert zu betrachten, wenn es nicht bloß an und für sich, sondern auch nach den Beziehungen, in welchen es zu andern Lehren und Instituten steht, gerechtfertigt erscheint.

Die beste Bürgschaft für die richtige Auffassung auch des Einzelnen bleibt indessen immer der innere Zusammenhang, welcher im Ganzen erkannt wird, und die Theile organisch an einander reiht. Von diesem Gedanken geleitet, habe ich es mir nicht bloß zur Aufgabe gestellt, mich mit einzelnen Rechtssätzen abzugeben, und sie nach ihrer äußer-

lichen Begründung in eine gewisse logische Ordnung zu bringen; sondern ich bin darauf ausgegangen, soviel die Beschaffenheit des Gegenstandes es zuließ, Institute darzustellen, ihre ursprüngliche Natur zu untersuchen, ihre geschichtliche Entwickelung nachzuweisen und ihre Bedeutung für das jetzt geltende Recht zu bestimmen. Diese Richtung wird es auch möglich machen, nach dem Princip zu suchen, welches eine Lehre beherrscht, und für deren rechtliche Construction ein unentbehrliches Erforderniß ist, zumal in einer Doctrin, wie das deutsche Privatrecht, wo fast jede positive Stütze fehlt. Denn die Statute und Meinungen der Juristen verdienen diesen Namen nur in einer sehr beschränkten Bedeutung; in ihnen ist fast allein ein Mittel gegeben, Rechtssätze und Einrichtungen kennen zu lernen, nicht aber, sie zu begründen; und was es heißt, eine allgemeine deutsche Gewohnheit geltend zu machen, weiß jeder, der den Zustand unserer rechtlichen Verhältnisse kennt. Die Entwickelung einer Lehre aus dem sie beherrschenden Princip ist daher fast die einzige Aufgabe des Germanisten, der einzige Weg, auf welchem seine Thätigkeit eine innere Begründung findet. Denn wenn so auch nur die allgemeinsten Gesetze für die rechtliche Beurtheilung eines Instituts gefunden werden, so ergiebt sich aus ihnen schon wieder das Maaß für die Bestimmung des Einzelnen, dessen Erwägung aber überhaupt nicht selten ganz außer dem Bereich der wissenschaftlichen Erörterung liegt. Ist daher einmal das Princip einer Lehre aufgefunden und begründet worden, so erscheint es durchaus nothwendig, dieses sich stets gegenwärtig und wirksam zu erhalten, und es nicht gleich deswegen aufzugeben und zu verlassen, weil vielleicht eine rohe und verschrobene Theorie das Ungleichartige zusammengethan, und so der Praxis ein Institut

überliefert hat, dessen ungebührliches Wesen sich schon in der Unmöglichkeit zeigt, es geschickt und consequent zu behandeln. Daß ein rechtliches Geschäft nicht im Laufe der Zeit aus diesem oder jenem Grunde eine andre Bedeutung gewinnen, Elemente, die ihm ursprünglich fremd waren, sich aneignen kann, soll damit natürlich nicht geleugnet werden; so wenig jemand es in Abrede stellen wird, daß auch eine Theorie, welche wissenschaftlich verfährt, bis auf einen gewissen Grad verpflichtet ist, eine solche Veränderung anzuerkennen und in sich aufzunehmen. Aber es ist hier eben von der größten Wichtigkeit, den Punkt zu bestimmen, bis zu welchem die Theorie anerkennend und gefällig, und wiederum abwehrend und verneinend sich halten muß. Die Entscheidung des einzelnen Falls wird oft dem wissenschaftlichen Takte überlassen werden müssen, aber im Allgemeinen läßt sich doch sagen, daß, wo eine durchaus unorganische Verbindung verschiedener Institute versucht worden ist, wo Grundsätze zusammengeworfen und gemeinschaftlich zur Anwendung gebracht worden sind, welche sich direct widerstreben und einander ausschließen (quorum naturaliter inter se pugna est): daß da nur dem positiven Gesetze Folge zu leisten ist, und die Pflicht und Ehre der Wissenschaft es erheischt, die Kritik schonungslos walten zu lassen, unbekümmert um Auctoritäten und eine Praxis, die gerade aus innern Gründen nur unsicher und schwankend seyn kann, und sich freuen wird, von solchen Uebeln erlöst zu werden. Am häufigsten wird eine solche Ausscheidung des Ungleichartigen da nothwendig seyn, wo eine frühere Jurisprudenz, durch Mißverständnisse der verschiedensten Art verleitet, eine Vermischung von römischen und deutschen Rechtsinstituten versucht hat, welche, wenn ihnen auch ein ähnliches Ziel zum Grunde liegt, doch der

Form und dem Wesen nach durchaus von einander abweichen. Auch die Lehre von den Erbverträgen ist von solchen Einwirkungen nicht frei geblieben, so daß wir z. B. später von unwiderruflichen Testamenten, von letztwilligen Erbverträgen zu handeln haben werden, freilich nur, um ihre juristische Möglichkeit zu bekämpfen. Indessen geht man auch auf der andern Seite zu weit, wenn man glaubt, die Erbverträge rein aus dem deutschen Rechte herausentwickeln zu können, ohne dem römischen Recht irgend eine Einwirkung zu gestatten. Es giebt wohl überhaupt jetzt auf dem Gebiete des Privatrechts nur sehr wenige Lehren, für welche man dieß behaupten könnte; bei der von uns behandelten wird sich jedoch der Einfluß des römischen Rechts allerdings nur in ganz allgemeinen Zügen geltend machen, z. B. bei der Erörterung über das Wesen des Vertrags und bei der Berücksichtigung der Pflichttheilsberechtigten, so daß man wieder bei der Anwendung dieser Grundsätze über den Umfang und die Geltung derselben im Einzelnen zweifeln kann. Stets aber wird man die Ansicht fest halten müssen, welche schon Hasse [1]) ausgesprochen hat, daß nur durch eine organische Verbindung des deutschen mit dem römischen Rechte eine wissenschaftliche Behandlung der Lehre von den Erbverträgen möglich gemacht wird.

Ehe ich nun den Gegenstand dieser Abhandlung etwas näher ins Auge fasse, finde ich mich veranlaßt, einige Worte über das System zu sagen, welches ich ihr zum Grunde gelegt habe. Es war natürlich dabei mein Bestreben, für den Inhalt und die Methode derselben die passendste Form aufzufinden, und namentlich Alles fern zu

1) Hasse im rhein. Museum für Jurisprudenz, Jahrgang 2, Heft 2, S. 207 ff.

halten, was dem Wesen der Sache Abbruch thun konnte, anstatt es zu fördern. Diese Erwägung aber hat mich veranlaßt, in wenigen, nicht ganz unwesentlichen Punkten von dem gewöhnlichen Schema abzuweichen, nach welchem man die Erbverträge bis jetzt abzuhandeln pflegte, was mich wiederum zwingt, einen Rückblick auf die früheren systematischen Bearbeitungen dieser Lehre zu werfen. Ich werde aber hier nur so viel davon sagen, als nöthig ist, um mein Verfahren zu rechtfertigen und zu erklären; wegen des Näheren verweise ich auf §. 5. und 6., wo ich die Literärgeschichte zum Gegenstand einer weitläuftigeren Untersuchung machen werde.

Den ersten Versuch, die Lehre von den Erbverträgen systematisch zu behandlen, hat Bartolus gemacht. Bei der Erörterung des Satzes, daß die Testirfreiheit nicht beschränkt werden dürfe, kommt er auf die allgemeinere Frage, ob und wie weit Erbverträge gelten [2]). „Ultimo cum quaeritur, sagt er, an valeat pactum de futura successione, plenius quam doctores distingue et dic: Aut fuit pactum pro jure successionis servando, aut pro jure successionis amittendo seu perdendo, aut pro jure successionis acquirendo, aut de eo, quod acquireretur per successionem certo modo disponendo." Dieselbe Eintheilung hat er an einer andern Stelle, wo er sich über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Erbverträge weitläuftiger ausläßt [3]), durchgeführt; sie ward von den

2) Bartolus de Saxoferrato ad L. Stipulatio hoc modo concepta. 61. D. de V. O.

3) Bartolus ad L. finalem C. de pactis. Er stellt hier successive zur Frage: An valeat pactum de futura successione conservanda? Utrum valeat pactum de perdendo jure succedendi? An valeat pactum de succedendo? Utrum valeat pactum de haereditate obventura certo modo disponenda?

späteren italienischen Juristen beibehalten, und namentlich schloß sich Baldus[4]) sogleich an dieselbe an. Unter den Deutschen vermittelte auch hier Ulrich Zasius den Uebergang der italienischen Praktiker in die deutsche Jurisprudenz, indem er, mit der ausdrücklichen Berufung auf Bartolus, dessen Schema befolgte. Er handelte nämlich die Lehre von den Erbverträgen in vier Kapiteln unter folgenden Rubriken ab[5]): Cap. 1. Pactum successionis reservandae. Cap. 2. Pactum successionis amittendae, h. e. de non succedendo. Cap. 3. De pactis successionis acquirendae. Cap. 4. De pactis circa futuram successionem.

Da diese Eintheilung bis auf einen gewissen Grad von allen folgenden Bearbeitern dieser Lehre beibehalten worden ist, so ist es nothwendig, sie etwas näher zu betrachten, um die Bedeutung und den Zweck derselben zu untersuchen, und die Modificationen anzugeben, welche man nach und nach daran vorgenommen hat. Es wird sich dann im Verhältniß zum späteren Rechte ergeben, daß dieselben Bezeichnungen zum Theil eine andere Bedeutung gewonnen haben, und der ursprüngliche Grund der Eintheilung nicht mehr ganz wirksam ist. Betrachten wir sie zuerst im Sinne der alten Juristen. Bei dem conservativen Erbvertrag hatten sie hauptsächlich die Fälle im Auge, wenn das Erbrecht, welches jemandem nach dem gemeinen Rechte zustand, ihm wegen eines Verbrechens oder durch die Vorschriften von Particularrechten (ob juris quendam

4) Baldus de Ubaldis ad L. fin. C. de pactis. „Quadruplex est pactum futurae successionis: scilicet conservandae, renunciandae, deferendae et certo modo disponendae."

5) Udalricus Zasius in Dig. novum de V. O. ad L. Stipulatio hoc modo. 61.

rigorem), indem z. B. ein Statut die Weiber von der Erbfolge ausschloß, genommen, der frühere Delationsgrund also durch ein Hinderniß unwirksam gemacht war. Durch jenen Vertrag sollte er sich sein Erbrecht dann wieder verschaffen können, was rücksichtlich des letzten Falls nach der damaligen Ansicht von dem Verhältniß der Statute zum gemeinen Rechte als eine bloße Bewahrung desselben angesehen wurde, während bei der Ausschließung wegen eines Verbrechens jenen Juristen wohl vorzugsweise die Enterbung von Notherben aus den Gründen der Novelle 115. und deren Beseitigung durch Vertrag vorschwebte, obgleich dieß nicht deutlich von ihnen ausgesprochen worden ist. Daß mit der zweiten Classe der genannten Eintheilung der Erbverzicht, mit der dritten aber der acquisitive Erbvertrag gemeint ist, leidet keinen Zweifel; unter der vierten, die sowohl Bartolus als Zasius undeutlich bezeichnen, verstehen sie den Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten, wie es sich aus dem weitern Verlauf ihrer Erörterung deutlich ergiebt [6]).

Die Nachfolger des Zasius blieben im Allgemeinen bei der von ihm angenommenen Eintheilung der Erbverträge stehen; jedoch fing man nach und nach an, einige Abänderungen daran vorzunehmen. Hartmann Pistoris [7]), der erste, welcher hier einer gesunden Kritik Raum gab, fand es unpassend und verwirrend, daß die Verträge über die Erbschaft eines Dritten ohne weitere Unterscheidung mit denjenigen zusammengeworfen würden, durch

---

6) So heißt es beim Bartolus im Commentar zur L. fin. C. de pactis, welche eben über jenen Vertrag handelt: Utrum valeat pactum de haereditate obventura certo modo disponenda? Ista est propria materia hujus legis.

7) Hartm. Pistoris quaestionum juris lib. IV. qu. 1.

welche die Paciscenten selbst sich ein Erbrecht einräumen, und für die allein die Unterscheidung der drei ersten von den oben angeführten Arten wichtig sey. Er theilte also die Erbverträge zuvörderst in pacta de hereditate tertii viventis und de successione in propriis paciscentium bonis ab, und ließ die letzteren dann wieder in pacta de successione vel hereditate conservanda, amittenda vel acquirenda zerfallen. Für die Verträge über die Erbschaft eines Dritten aber verwarf er die ungenügende Bezeichnung als pacta dispositiva, und vertrieb diese Benennung in dieser Bedeutung fast ganz aus dem Sprachgebrauch der Juristen. Bei Knipschildt [8]) finde ich zuerst die oberste Eintheilung der Erbverträge in pacta affirmativa de succedendo vel negativa de non succedendo. Eine weitere Unterscheidung hielt Stryke für nothwendig. In seinem Tractat über die Intestaterbfolge [9]), in deren achter Dissertation man mit einer weitläuftigen Abhandlung von den Erbverträgen überrascht wird, läßt er die pacta de hereditate propria in vier Arten zerfallen, indem er zu den drei schon bekannten noch die pacta de hereditate restituenda hinzufügt, unter welcher er die vertragsmäßig bestellten Fideicommisse, namentlich die Familienfideicommisse, und außerdem noch eine große Anzahl anderer, zum Theil weit abstehender Geschäfte begreift. Von Kreittmayr [10]) hob noch besonders rücksichtlich des Gegenstandes den Unterschied zwischen den pactis successoriis universa-

---

8) Sam. Knipschildt de fideicommissis familiarum nobilium. cap. VI. nu. 38.

9) Sam. Strykii tractatus de successione ab intestato. Dissert. VIII. cp. 1. §. 10. — cp. 9.

10) v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Max. Bavar. civ. Th. 3. Cap. 11. §. 1.

libus und particularibus hervor, und Hebenstreit[11]) brachte wieder die pacta successoria dispositiva zu Ehren, aber nicht in der alten Bedeutung, die Bartolus und seine Nachfolger damit verbanden, sondern in Beziehung auf den Dritten, welchem durch einen Vertrag, an dem er selbst keinen Theil genommen hat, Erbrecht zugewendet wird, was denn auch mit Stryke's restitutivem Erbvertrag zusammen fallen kann.

Das sind nun die Elemente, aus welchen die neueren Schriftsteller, von welchen diese Lehre behandelt ist, die Eintheilung derselben zusammengestellt haben. Sie stimmen jedoch in der Anordnung des Einzelnen nicht überein, indem z. B. Runde[12]) als ersten Theilungsgrund den Gegenstand des Vertrags annimmt, ob derselbe nämlich über die Erbschaft eines Dritten oder eines (oder mehrer oder aller) Contrahenten geschlossen ist, und die pacta de hereditate propria dann wieder in pacta affirmativa und negativa s. renuntiativa zerfallen läßt, während Eichhorn[13]) diese letztere Eintheilung voranstellt, dann die Hauptabtheilung von Runde folgen läßt, und bei den affirmativen Erbverträgen die pacta successoria acquisitiva, conservativa und dispositiva s. restitutiva unterscheidet, und zwar, wie es scheint, ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit des Gegenstandes, während Runde diese Unterabtheilung auf die pacta de hereditate propria beschränkt.

---

11) A. F. Hebenstreit, vindiciae veri valoris pactorum successoriorum tam jure romano quam germanico adversus errores interpretum. cap. 2. Erfordiae 1768. 4.

12) Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 655 - 58. 8te Ausgabe.

13) Eichhorn, Einleitung ins deutsche Privatrecht. §. 340. 4te Auflage.

Beide nehmen übrigens die pacta successoria dispositiva im Sinn von Hebenstreit, worin Mittermaier [14]) mit ihnen übereinstimmt. Thibaut [15]) unterscheidet, ob die Erbverträge singularia sind, wozu er auch die pacta dispositiva im Sinn des Bartolus und der älteren Juristen rechnet, oder universalia, welche letzteren er dann wieder in pacta affirmativa u. s. w. eintheilt. Auch Hasse [16]) hat sich bis auf einen gewissen Grad dieser hergebrachten Classification angeschlossen, jedoch mit Abweichungen, welche weiter unten noch besonders hervorgehoben werden müssen.

Was nun die Bedeutung dieser einzelnen Classen betrifft, so stellt sich im Verhältniß zur früheren Terminologie zuvörderst die Verschiedenheit der pacta dispositiva heraus; außerdem aber ist den pactis conservativis jetzt eine etwas veränderte Stellung zu Theil geworden, indem die so eben erwähnten Autoren darunter diejenigen Verträge verstehen, durch welche ein gesetzlich bestehendes Erbrecht gesichert und in ein vertragsmäßiges umgewandelt wird, während man früher dabei vorzugsweise an zwei besondere Fälle dachte, in denen nach unsern Begriffen das Erbrecht eigentlich schon verloren war. Deswegen leugnet Hebenstreit [17]) auch den Unterschied der conservativen

---

14) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 402. Note 2. 4te Ausgabe.

15) Thibaut, System des Pandecten-Rechts. §. 851. 8e Ausg.

16) Hasse über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament; im rhein. Museum für Jurisprudenz. Jahrgang 2. Heft 2. S. 149-241. — Heft 3. S. 300-366. — Jahrgang 3. Heft 1. S. 1-22. Heft 2. S. 239-278. — Heft 3. S. 371-418. — Heft 4. S. 490-558.

17) Hebenstreit in der Note 11. angeführten Schrift. cap. 2. §. 16.

Erbverträge der letzteren Art von den acquisitiven, was wohl wiederum jene etwas veränderte Auffassung derselben bei den späteren Juristen zur Folge gehabt hat [18]. — Aber nicht bloß bei der Bedeutung des Einzelnen in jener Eintheilung, sondern auch rücksichtlich des Verhältnisses, in welchem sie zur Lehre überhaupt stand, rücksichtlich ihrer Bestimmung und der Art ihrer Anwendung finden sich bedeutende Abweichungen zwischen den älteren und neueren Juristen. Jene kamen nämlich selten dazu, die Institute, in welchen sich die Erbverträge als eigenthümliche Geschäfte darstellen, besonders hervorzuheben und zu behandeln; sie waren vorzugsweise mit der Untersuchung beschäftigt, ob und wie weit das römische Recht Erbverträge gestatte oder verwerfe, wie sich das canonische Recht dazu verhalte, in welchem Verhältniß bei dieser Lehre die Statute zum gemeinen Recht stehen u. s. w. Für diese Art der Behandlung nun war die obige Eintheilung ursprünglich gemacht worden, und auch nicht unbequem; sie ließ die Geschäfte nach dem Grunde ihrer Gültigkeit oder Ungültigkeit in verschiedene Classen zerfallen, und bot dadurch einen gewissen Anhaltspunkt, an den sich die Erörterung der damals gangbaren Controversen lehnen konnte. Gelegentlich ließ sich dann auch wohl die Betrachtung eines solchen Erbvertrags damit verbinden, der seine besondere Beschaffenheit und Bestimmung hatte, zumal wenn man ihn gerade durch die eine eben vorgeführte Deduction rechtfertigen zu können glaubte. Aus diesem Grunde handelt z. B. Zasius in dem angeführten Commentar bei den conservativen Erbverträgen die Ehestiftungen ab, in welchen ein

18) Noch Heineccius nimmt in den Element. juris germ. Lib. II. Tit. 6. §. 169. die conservativen Erbverträge in der alten Bedeutung.

Erbrecht bedungen ist; aber gewöhnlich finden sich die Ausführungen über solche einzelne Institute nur in den Responsen und Consilien vor. Später jedoch, als man geneigter ward, den Erbverträgen eine freiere Geltung einzuräumen, drängten sich jene besonderen Geschäfte immer mehr zur Beachtung heran, und indem sie sich auch gegen die Grundsätze des fremden Rechts Anerkennung zu verschaffen wußten, entzogen sie der alten Classification zum Theil ihren Werth und ihre Bedeutung. Obgleich daher Manches zur Verbesserung derselben geschah, so hielt man sich doch weniger streng daran, und schon bei Stryke findet sich dasselbe Verfahren, welches noch unsere heutigen Lehrbücher zu beobachten pflegen. Das alte System wird noch zum Grunde gelegt, aber unabhängig davon behandelt man die einzelnen Institute, als Einkindschaften, Erbverbrüderungen u. s. w., in besonderen Abschnitten.

Aus dieser kurzen Darstellung von der Entwickelung, welche die systematische Behandlung der Erbverträge genommen hat, wird sich wohl ohne weitere Beweise so viel ergeben, daß die angegebene Classification in manchen Beziehungen mehr den Charakter einer traditionellen Ueberlieferung, als den der inneren Nothwendigkeit hat; daß die Form nicht immer mehr ausreicht für den erweiterten Inhalt der Lehre, indem Institute neben einander aufgeführt werden, für welche sich wohl eine angemessenere Anordnung finden ließe; daß endlich die einzelnen Benennungen zuweilen in verschiedener Bedeutung gebraucht werden, und dabei auf eine so incorrecte und rohe Art gebildet sind, daß es wenigstens wünschenswerth erscheint, sie mit Bezeichnungen, die ein anständigeres Gewand tragen, zu vertauschen. Denn wenn es auch oft gefährlich ist, hergebrachte Kunstausdrücke, deren Verständniß einmal Allen

geläufig ist, aufzugeben und neue Worte an deren Stelle zu setzen; so hängt doch auch hier das Meiste von den besonderen Verhältnissen, von der Durchführung im Einzelnen ab: die Anforderungen der Correctheit müssen mit denen der Bequemlichkeit und Deutlichkeit möglichst in Einklang gebracht werden. — Bei diesen verschiedenen Mängeln, welche sich an der früheren Systematik unserer Lehre auf den ersten Anblick herausstellen, ist eine genauere Kritik derselben nicht wohl zu vermeiden: es muß ihr Verdienst im Ganzen gewürdigt, und im Einzelnen nachgewiesen werden, was davon auszuscheiden, umzuändern oder beizubehalten ist. Dabei wäre nun freilich das einfachste Verfahren, es wie Leyser[19]) zu machen, der, weil jetzt doch einmal Alles, was Erbvertrag sey, volle Geltung habe, jene Eintheilungen in Bausch und Bogen für überflüssig erklärt, — ein Ausspruch, bei dem er wohl nicht recht bedacht hat, was daraus werden sollte, wenn z. B. die acquisitiven und renunciativen Erbverträge ohne weitere Unterscheidung neben einander herliefen; der aber charakteristisch ist für die Oberflächlichkeit, mit welcher diese Lehre mitunter selbst von nicht unbedeutenden Juristen behandelt worden ist. Nur wenn die Lehre in ihrem Wesen erfaßt, in ihren verschiedenen Modificationen erkannt und auch in ihrer Stellung zum Systeme des jetzt geltenden Rechts im Allgemeinen und zu verwandten Instituten betrachtet wird, kann ihre wissenschaftliche Behandlung gelingen und auch das angemessene Verhältniß zwischen Inhalt und Form hergestellt werden.

Hier nun ist der Ort, wo die großen Verdienste her=

19) de Leyser, meditationes ad pand. Sp. 43. med. 5.

vorzuheben sind, welche Hasse[20] sich um die Lehre von den Erbverträgen erworben hat. Der historische Theil seiner Abhandlung ist, soweit er sich auf das ältere deutsche Recht bezieht, freilich nicht bedeutend; auch fehlte ihm, scheint es, zur richtigen Würdigung mancher Einzelnheiten dessen, tiefere und umfassendere Kunde. Aber er hatte das schöne Talent, in freier, wissenschaftlicher Deduction, die eben so sehr durch seine logische Schärfe, als durch die lebendige Anschauung der Lebensverhältnisse unterstützt ward, Rechtsinstitute zu construiren, sie in ihrer eigenthümlichen Natur vor den Augen des Lesers auszubreiten, und sie in das rechte Verhältniß zu andern verwandten Instituten zu setzen, — ein Talent, welches ihn vielleicht unter allen deutschen Juristen den großen Römern am nächsten gebracht hat, und das, wäre ihm bei einem erfreulicheren Zustande unseres Rechts der freie Gebrauch desselben vergönnt gewesen, ihn wohl an ihre Seite gestellt haben würde. Was Hasse als gelehrter Jurist geleistet hat, weiß jeder zu schätzen; aber ich gestehe, daß mir einzelne von seinen juristischen Ausführungen, einzelne Andeutungen und Bemerkungen über die jetzigen Rechtsverhältnisse wichtiger und bedeutungsvoller erscheinen, als ganze Werke von namhaften Juristen, mögen sie sich nun zu den Gelehrten zählen, oder zu den s. g. Praktikern, deren Leistungen mir überhaupt mit wenigen Ausnahmen unbeschreiblich dürftig vorgekommen sind, so brauchbar immerhin das von ihnen gelieferte Material ist.

Hasse hat es zuerst verstanden, die Lehre von den Erbverträgen so aufzufassen, daß sie, die vorzugsweise ein

20) S. oben Note 16. — Hierher gehören namentlich von der dort angeführten Abhandlung Kap. 1. §. 1. und 4. Kap. 2. §. 1. Kap. 3. §. 5.

Product der Doctrin ist, eine der Wissenschaft würdige Gestalt annahm, und als ein selbständiges, scharf begränztes Rechtsinstitut hervortrat. Allgemein wurden vor ihm die Erbverträge als Verträge über den Nachlaß einer noch lebenden Person dargestellt. Man konnte sie auch leicht anders fassen, weil man von den älteren Juristen die Eintheilung derselben in pacta de hereditate propria und de hereditate tertii überkommen hatte, und sich von ihr nicht frei zu machen wußte. Hasse bezieht den Erbvertrag nicht auf den Nachlaß, sondern auf die Beerbung, und läßt ihn darnach, je nachdem ein Erbrecht erworben oder aufgegeben wird, in den Beerbungs- oder Enterbungsvertrag zerfallen. Dazu fügt er denn noch den Vermächtnißvertrag, den ich vorläufig bei Seite lasse, um jene beiden Arten erst näher zu betrachten; zuletzt wird die durch die neue Auffassung des Erbvertrags herbeigeführte Ausschließung des Vertrags über die Erbschaft eines Dritten von dieser Lehre zur Sprache kommen.

Ich habe bereits oben angedeutet, daß eine Vertauschung der alten Kunstausdrücke in dieser Lehre wünschenswerth sey; auch hat schon das österreichische Gesetzbuch einen Versuch damit gemacht, indem es unter Erbvertrag allein den acquisitiven Erbvertrag versteht, und ihm den renunciativen namenlos entgegen stellt [21]). Hasse's Terminologie ist offenbar angemessener, doch bin ich ihm nicht ganz gefolgt. Beerbungsvertrag scheint mir nämlich nicht ganz bezeichnend zu seyn, und ich habe dafür Erbeinsetzungsvertrag gewählt, ein Wort, welches auch Hasse gelegentlich einmal gebraucht, und dessen ich mich fortan für den bezeichneten Begriff bedienen werde. Ent-

21) Oesterr. Gesetzbuch §. 602. §. 1249-54. vergl. mit §. 538.

erbungsvertrag für renunciativen Erbvertrag habe ich aber nicht adoptiren wollen, weil man bei der Enterbung doch vorzugsweise an einen einseitigen Act des Erblassers denkt, hauptsächlich aber, weil sich im Sprachgebrauch für jenes Geschäft schon ein angemessener Ausdruck festgesetzt hat, nämlich Erbverzicht. Zwar bemerkt Hasse mit Recht, daß mit diesem Wort auch der Verzicht auf die Erbschaft eines Dritten bezeichnet werden kann; aber ich sehe dabei keine Gefahr, weil, so weit ich habe beobachten können, das zusammengesetzte Wort vorzugsweise nur für den mit dem Erblasser geschlossenen Vertrag gebraucht wird, und dann ist auch, wie sich später zeigen wird, hier ein Punkt, wo Erbvertrag und Vertrag über die Erbschaft eines Dritten in gewissen Fällen, wenigstens nach der ursprünglichen Auffassung eines solchen Verzichtes, zusammenstoßen können, so daß der etwas schwankende Name nicht unangemessen erscheint.

Was nun die Art und Weise betrifft, wie diese Geschäfte im Einzelnen ausgeführt sind, so wird sich das aus dem weiteren Gange der Abhandlung ergeben, und ist auch schon aus dem voranstehenden Inhaltsverzeichnisse zu ersehen. Nur in Beziehung auf die früher gebräuchlichen Unterabtheilungen des Erbeinsetzungsvertrags bemerke ich, daß ich sie im Systeme nicht weiter berücksichtige, und namentlich die conservativen, restitutiven und dispositiven Verträge nicht besonders hervorgehoben habe. Ohne alle Bedeutung sind diese Eintheilungen freilich nicht, wie das namentlich Hebenstreit [22]) für den conservativen Erbvertrag annimmt. Entweder, meint er, besteht der gesetzliche Delationsgrund noch fort, und dann ist das ganze

22) Hebenstreit in der angef. Abhandlung cap. 2. §. 16.

Geschäft wirkungslos, weil es nur etwas schon Vorhandenes (das Erbrecht), hervorruft; oder der gesetzliche Delationsgrund hat aufgehört, und dann liegt ein reiner acquisitiver Erbvertrag vor. Aber abgesehen von dem zweiten Fall, den wir hier nach den früheren Erörterungen außer Acht lassen können, so ist der Vertrag hier nicht ohne allen Einfluß auf das Erbrecht. Denn es wird der Erbe ja dadurch vor dem Verlust seines Rechtes durch eine letztwillige Disposition des Erblassers gesichert; auch lassen sich besondere Fragen denken, die gerade hier aufgeworfen werden können, z. B. ob der Erbe den Nachlaß aus dem Vertrage ausschlagen, und als gesetzlicher Erbe antreten dürfe. Aber das Alles sind Einzelnheiten, die sich bei der allgemeinen Erörterung des Erbeinsetzungsvertrags gelegentlich abhandeln lassen. Aehnlich verhält es sich mit den s. g. restitutiven Erbverträgen: im Allgemeinen muß hier der besondere Vertrag das Nähere des einzelnen Falles bestimmen, und das wichtigste Institut, welches aus diesen Verträgen hervorgeht, das Familienfideicommiß verlangt doch eine eigene Erörterung, die in eine generelle Untersuchung aufgenommen, unvollständig und verwirrend ausfallen würde; so wie denn überhaupt das Institut selbst erst dadurch, daß es mit andern verwandten, die aber nicht gerade auf Restitution beruhen, zusammen gestellt wird, ins rechte Licht gesetzt werden kann. Was man endlich vom dispositiven Erbvertrag (im Sinne der Neueren) zu halten hat, hängt fast ganz von der Beantwortung der Frage ab, ob nach heutigem Recht der Vertrag einem Dritten, welcher an dessen Abschließung keinen Theil genommen hat, Rechte und zwar Erbrechte geben kann. Dieser Punkt wird dem Princip nach gleich im folgenden §. zur Sprache gebracht werden; die Anwendung

auf den einzelnen Fall macht sich dann leicht, oder kommt bei den eigenthümlichen Arten des Erbeinsetzungsvertrags, z. B. bei den Ehestiftungen, noch besonders zur Erwägung. Wollte man in einem eigenen Abschnitt alle Rechtssätze zusammenstellen, welche mit demjenigen zusammenhängen, was die Ausscheidung des dispositiven Erbvertrags als einer besonderen Art veranlaßt hat; so würde eine heillose Zerstückelung in sich abgeschlossener Institute, oder eine unnütze Wiederholung nicht zu vermeiden seyn. Ja es ließe sich leicht zeigen, daß bei einzelnen Geschäften, z. B. Ehestiftungen und Einkindschaften, der acquisitive, conservative, restitutive und dispositive Erbvertrag vereint zur Anwendung kommen können.

Ganz anders als mit diesen Eintheilungen des Erbeinsetzungsvertrags verhält es sich mit derjenigen, welche ihn nach seinem Gegenstande in den universellen und particulären zerfallen läßt, je nachdem er nämlich über eine ganze Verlassenschaft, als eine universitas juris gedacht, oder nur über einzelne Sachen geschlossen ist. Wenn diese Eintheilung ihrem Wesen nach begründet ist, so muß sie auch besonders hervorgehoben werden; denn es liegt auf flacher Hand, daß die Verschiedenheit des Gegenstandes auch einen sehr bedeutenden Einfluß auf die rechtliche Beurtheilung dieser Geschäfte äußern muß. Nun kann es freilich von vorne herein einigermaaßen auffallen, daß man von einem Erbvertrag über einzelne Sachen spricht, da doch das Erbrecht, welches aus dem Vertrage entsteht, nach heutigem Recht im Allgemeinen keine solche Individualisirung seines Gegenstandes duldet, und demnach von Anfang an etwas sich Widersprechendes gesetzt zu seyn scheint. Es läßt sich diese Benennung auch wohl nur dadurch erklären, daß man nicht die Beerbung, sondern das Erbe,

den Nachlaß als Gegenstand des Vertrags ansah, und die einzelnen Sachen, worüber er sollte geschlossen werden können, als den bestimmten Theil einer solchen Masse auffaßte. Dieß hat allerdings seine Bedenklichkeiten, wenn man nicht in dem gegebenen Fall die Wirksamkeit des Erbvertrags, wie die des römischen Vermächtnisses erst mit dem Tode des Erblassers eintreten lassen will; indessen könnte das Geschäft immerhin seine ganze bestimmte und eigenthümliche Bedeutung haben, wenn auch der Name eben nicht passend wäre. In der That hat Hasse[23]) es als Vermächtnißvertrag neu zu construiren, und ihm zu andern Instituten seine feste Stellung zu geben versucht; er ist dabei hauptsächlich von der jetzigen Bedeutung des Erbvertrags im Allgemeinen ausgegangen, während Eichhorn[24]) dasselbe Geschäft mehr an das ältere deutsche Recht der Vergabungen anzulehnen bemüht ist. Indem ich die Prüfung dieser verschiedenen Ansichten und die nähere Erörterung des s. g. particulären Erbvertrags oder Vermächtnißvertrags selbst bis weiter verschiebe (s. unten §. 8.), bemerke ich hier nur vorläufig, daß ich keinem von jenen beiden Autoren zu folgen geneigt bin, und überhaupt dem Institute keine so allgemeine und selbständige Bedeutung beilegen kann. Zwar wird ausnahmsweise wegen der besonderen Beschaffenheit der Personen oder der Güter durch Vertrag ein Erbrecht an einzelnen Sachen gewonnen werden können, aber nur insoweit, als der Vertrag dem Gesetze nachahmt, welches in gewissen Fällen auch jetzt noch eine besondere Erbfolge ohne Universalsuccession gestattet. Auch läßt es sich recht gut vertheidi-

23) S. rhein. Museum Jahrgang 2. S. 150. 189 ff. Jahrg. 3. Heft 1. S. 13 ff.

24) Eichhorn, Einleitung ins deutsche P. R. §. 344.

gen, daß bei einem Erbeinsetzungsvertrag der Erbe die Last eines Vermächtnisses übernimmt, welches als Theil des Hauptgeschäfts in diesem seine Stütze findet, wie das römische Legat einen Theil des Testaments ausmacht, und der selbständigen Haltung entbehrt. Daß aber ein Vermächtniß durch Vertrag in der Art dem Erben sollte aufgelegt werden können, wie etwa ein Singularfideicommiß durch einen Codicill ab Intestato, und dabei den eigenthümlichen Charakter eines selbständigen Geschäftes in Anspruch nehmen dürfte, das muß ich bezweifeln. Ich kann darin nur die Uebernahme einer Obligatio finden, deren Erfüllung auf den Erben gestellt ist. Doch will ich hier nicht weiter auf diese Frage eingehen, und mich nur gegen den Vorwurf vertheidigen, den jemand etwa von Hasse entlehnen könnte, daß ich nämlich darauf ausginge, den Rechtsstoff zu verkürzen. Ich glaube nämlich, daß Hasse sich gerade in diesem Fall durch die Lust an der juristischen Construction hat fortreißen lassen, und sich bemüht hat, ein Institut aufrecht zu halten, das ohne realen Grund und Boden ist. Wenn dieß später bewiesen werden könnte, so wäre damit jener Vorwurf abgewehrt: denn nur was gesund ist und natürliche Kraft hat, muß geschont und gefördert werden; das Unhaltbare halten zu wollen, ist eine vergebliche Mühe.

Ich komme nun noch einmal auf die allgemeine Bedeutung des Erbvertrags zurück, der zufolge er nicht auf den Nachlaß einer noch lebenden Person, sondern auf ihre Beerbung bezogen ist, um das Verhältniß näher anzugeben, in welchem der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten zu ihm steht. Hier stellt sich nun ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Geschäften heraus: während nämlich der Erbvertrag auf die Beerbung geht, und ent-

weder ein wahres Erbrecht begründet oder aufhebt; so kommt der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten nur mittelbar zu demselben Resultat, indem dadurch bloß eine Obligation construirt wird auf die Herausgabe der nach dem Tode des Erblassers dem ursprünglichen Erben deferirten Verlassenschaft. Ein Erbrecht kann dadurch nicht hervorgerufen werden, weil nur der Erblasser befugt ist, gegen die gesetzliche Regel die Succession in seinen Nachlaß zu verändern; die Macht des künftigen Erben aber nicht weiter geht, als die Herausgabe der Erbschaft zu versprechen, und zwar auf den Fall, daß er wirklich Erbe geworden ist. Das Geschäft gehört also ins Obligationenrecht, so gut wie die hereditas vendita; denn wenn auch der Vertrag unter verschiedenen Umständen geschlossen ist, so bleibt doch sein Effect im Wesentlichen derselbe. Ich halte es nicht für nöthig, dieß noch weiter auszuführen, weil schon Hasse [25]) das ganze hier zur Frage kommende Verhältniß auf eine bündige und durchaus befriedigende Art entwickelt hat; das angegebene Resultat, zu welchem er dabei geführt wird, ist die consequente Durchführung seiner Ansicht über die juristische Bedeutung des Erbvertrags, und wird durch den Grundsatz gerechtfertigt, daß die Wissenschaft nur solche Eintheilungen anerkennen darf, welche auf dem Wesen der Institute und ihrer Stellung im Rechtssystem beruhen. Der Deduction von Hasse läßt sich rücksichtlich ihrer innern Haltbarkeit auch wohl nicht beikommen; aber ich erwarte von einer andern Seite her einen Einwurf, der auf den ersten Anblick Vieles für sich zu haben scheinen möchte. Wohl, könnte man sagen, unter der Voraussetzung, daß der Erbvertrag nur auf die

---

25) S. rhein. Museum Jahrg. 2. Heft 2. S. 218 ff.

Beerbung geht, muß allerdings zugegeben werden, daß der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten ein ihm fremdes Institut, und von seiner Behandlung auszuschließen ist; aber was nöthigt uns, eben diese Voraussetzung als begründet anzunehmen, und uns auf die daraus gezogenen Folgerungen einzulassen? Es handelt sich hier nicht um die Entwickelung frei gewählter Begriffe, sondern um die angemessene Behandlung einer positiven Lehre. Nun ist es unzweifelhaft, daß, wenn der Erbvertrag allgemein als Vertrag über den Nachlaß einer noch lebenden Person aufgefaßt wird (wogegen keine bestimmten Gründe, und wofür die ganze bisherige Doctrin spricht), daraus der Vortheil erwächst, daß sich das erweiterte Institut mit Bequemlichkeit handhaben läßt, indem es unter der Herrschaft desselben Princips steht, welches hier zur Anwendung gebracht werden muß. Denn wie sich auch die Sache im römischen Rechte gestellt haben mag, — nach deutschem, jetzt geltendem Rechte ist kein Unterschied rücksichtlich der Gültigkeit dieser Geschäfte, und es bildet einen angemessenen Abschnitt im Rechtssystem, wenn man eine ganze Abtheilung wenigstens ähnlicher Geschäfte unter den Grundsatz bringt, daß man über die Verlassenschaft dritter noch lebender Personen gültig paciscīren dürfe, und sie darnach gemeinschaftlich abhandelt. — Gegen dieses Raisonnement will ich nun nicht das Bedenken vorbringen, ob es erlaubt sey, ungleichartige Geschäfte wegen desselben Erfolgs zusammen zu stellen, sondern gleich den Haupteinwurf hervorheben. Es scheint mir eine durchaus irrige, wenn auch in neuerer Zeit sehr verbreitete Ansicht zu seyn, daß nach deutschem Rechte dem Vertrage über die Erbschaft eines Dritten im Allgemeinen eine weitere Geltung beigelegt werden darf, als ihm das römische Recht zuerkannt hat, und von ein

paar einzelnen, durchaus als Ausnahmen sich darstellenden Fällen abgesehen, glaube ich den Beweis übernehmen zu können, daß jene Ansicht weder nach allgemeinen Principien begründet, noch durch die Geschichte, die Statutarrechte und die Meinung der Juristen unterstützt wird. Wenn dieß aber der Fall ist, so fällt jeder Grund weg, jenes Geschäft noch unter den Erbverträgen aufzuführen, und die engere Auffassung der letzteren erscheint vollkommen gerechtfertigt. Ich habe demnach die Verträge über die Erbschaft eines Dritten aus dem System meiner Schrift ausgeschlossen, und nur um dieses Verfahren zu rechtfertigen, und durch den Gegensatz die gewählte Anordnung desto besser zu begründen, in einem Anhange das genannte Geschäft umständlich erörtert.

§. 2.

Der Vertrag als Princip der Lehre von den Erbverträgen.

Wenn der Erbvertrag ein Vertrag über die Beerbung ist, wodurch entweder ein Erbrecht begründet oder aufgegeben wird, so muß die ganze Lehre im Wesentlichen nach den allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden, welche für die Verträge gelten. Von diesem Standpunkte aus halte ich es nicht für unangemessen, den Vertrag das Princip unserer Lehre zu nennen. Zwar wird der Erbvertrag, wenn es darauf ankommt, ihn im Zusammenhang mit dem ganzen Rechtssystem zu behandeln, seinen Platz nothwendig im Erbrecht erhalten müssen, und zwar neben dem Testament, als ein Mittel, die gesetzliche Erbfolge durch Privatwillkühr zu bestätigen oder zu verändern. Die Art seiner Eingehung wird dann nicht deswegen wichtig seyn, um

seine eigentliche Bedeutung daraus kennen zu lernen, sondern nur dazu dienen, das ihn von ähnlichen Instituten unterscheidende Merkmal anzugeben. Aber was so bei der allgemeinen Auffassung der Lehre mehr zurücktritt, das wird bei der speciellen und abgeschlossenen Behandlung derselben zum bestimmenden Princip, indem es sie beherrscht und ihre besondere Natur angiebt. Es darf sich freilich, wer ein noch so specielles Institut darstellen will, dieses vom Allgemeinen nicht losgebunden denken; denn ohne sich des höheren Zusammenhangs bewußt zu seyn, wird er auch dem Einzelnen schwerlich die rechte Bedeutung abzugewinnen vermögen. Aber man kann doch auch wiederum, wenn man den Rechtsstoff nicht in willkührlich gewählte Abtheilungen zerlegt, sondern ihn in seiner organischen Gliederung zu erkennen weiß, den Theil recht gut als etwas für sich Bestehendes erfassen, und ihn in seiner eigenthümlichen Beschaffenheit darlegen. Das Princip der Erbverträge ist der Vertrag, weil dadurch eben der wesentliche Unterschied dieser Geschäfte von ähnlichen, namentlich von dem Testamente begründet, und also auch, soweit dieß vom Innern der Lehre heraus geschehen kann, ihre rechtliche Natur und Beschaffenheit bestimmt wird. Natürlich aber ist der Wirksamkeit dieses Princips auch wieder ihre Grenze gesetzt; es gilt nur in den allgemeinsten Beziehungen und nur für diejenigen Verhältnisse, welche die Regel, worunter sie stehen, nicht anderswoher erhalten haben. Darin besteht eben großentheils die Aufgabe dieser Abhandlung, zu zeigen, wie sich der Vertrag gerade bei der Beerbung geltend gemacht hat, in welcher Form er auftritt, wie er sich zu dem Inhalte der einzelnen Institute gestellt, wie weit er seine Herrschaft ausgedehnt, und in welchen Fällen er einem andern Verhältniß hat weichen

müssen. Denn mit Recht hat Hasse[1]) nachdrücklich davor gewarnt, daß man sich hier einem unbesonnenen Generalisiren überlasse, und den Erbvertrag für einen gewöhnlichen Vertrag halte, der nur eine besondere Obligation hervorrufe. Hasse geht dabei von einem Satze aus, den er schon bei einer andern Gelegenheit vertheidigt hat[2]), daß nicht jeder Vertrag nothwendig eine Obligatio erzeuge, sondern auch wohl irgend ein anderes Rechtsinstitut, als da sind Ehe, Servitut, Hypothek, und eben diese Bewandniß hat es mit dem Vertrag über die Beerbung. Das ist von Hasse nur in Beziehung auf den Erbeinsetzungsvertrag, der ganz unzweifelhaft keine Obligation, sondern ein wahres Erbrecht begründet, ausgeführt worden; aber auch bei dem Erbverzicht findet es seine Anwendung, freilich in anderer Weise und, für das jetzige Recht wenigstens, auch in weit beschränkterem Maaße. Denn es wird am gehörigen Ort nachgewiesen werden, daß nach altgermanischem Rechte der Erbverzicht keine bloß persönliche Wirkung hatte, sondern einen mehr unmittelbaren Einfluß auf das Erbrecht des Verzichtenden ausübte, indem es dasselbe direct (ipso jure) vollständig oder bedingungsweise vernichtete. Wie das später sich verhalten, und wie die Doctrin der gelehrten Juristen hier ändernd eingegriffen habe, kann jedoch erst unten bei der besondern Behandlung der Erbverzichte dargestellt werden.

Mit diesem Satze, daß die Lehre von den Erbverträgen, insoweit sie auf dem Vertrage ruht, von diesem die Norm für ihre rechtliche Beurtheilung entlehnen müsse, oder, wie wir es ausgedrückt haben, daß der Vertrag ihr Princip sey, ist nun aber so gar viel noch nicht gewonnen.

---

1) Rhein. Museum für Jurisprudenz. II. 2. S. 201 ff.
2) a. a. O. I. S. 92 ff.

Der Zustand der Vertragslehre im gemeinen Recht bringt es mit sich, daß die unbedingte Berufung auf die allgemeinen Grundsätze, welche es darüber enthält, nicht genügt, um sicher zu seyn, daß sie auch immer deutlich und scharf begrenzt hervortreten, und kein Zweifel über ihre Beschaffenheit und das Maaß ihrer Anwendung übrig bleibe. Gerade bei unserer Lehre, deren Begründung in eine Zeit fällt, wo das Recht im Volk wie in der Wissenschaft gleich übel berathen war, darf man keinen Schritt thun, ohne vorher den Grund sorgfältig geprüft zu haben, auf den man treten will; und überhaupt ist die rechtliche Beurtheilung des Vertrags in der allgemeinsten Bedeutung keine so leichte Sache, als man es sich oft vorstellt, so daß es gefährlich erscheint, auf ihn ohne weitere Vorbereitung eine wichtige Lehre zu bauen. Die meisten Juristen haben sich freilich dabei beruhigt, die Geltung der Erbverträge einfach auf den Vertrag zurückzuführen, und dann nur weiter gefragt, was Rechtens sey, wenn einmal ein solches Geschäft begründet worden. Aber ehe man zu der Ueberzeugung gelangen kann, daß ein Erbvertrag vollgültig eingegangen worden, sind mancherlei Bedenklichkeiten und Vorfragen zu beseitigen, die ohne Bezugnahme auf die allgemeine Stellung, welche der Vertrag jetzt in unserm Rechte einnimmt, nicht wohl gelöst werden können.

Als sich im gemeinen Recht der Grundsatz festgestellt hatte, daß jeder formlose Vertrag die volle Bedeutung der römischen Stipulatio habe, so gab sich die Neigung immer deutlicher kund, den Vertrag überhaupt der juristischen Cognition möglichst zu entziehen, und ihn auf das allgemeine Feld einer gewissen natürlichen Betrachtung zu versetzen. Jetzt hatten plötzlich die Deutschen ihre Contractenlehre nie unter ähnliche subtile Beschränkungen gestellt,

wie man sie im römischen Recht so reichlich finde; die deutsche Treue hatte stets jedes Versprechen für heilig geachtet, und die aequitas, das jus naturale et gentium waren stets im deutschen Recht die Interpretationsquelle der Verträge gewesen [3]). So gewiß nun diese Auffassung eine gründliche und wissenschaftliche Prüfung nicht bestehen kann, so würde es doch sehr ungerecht seyn, ganz unbedingt über sie den Stab zu brechen; sie muß vielmehr im Zusammenhang mit der ganzen Richtung unserer Jurisprudenz, aus welcher sie hervorgegangen ist, gewürdigt werden, und dann wird sich finden, daß sie allerdings eine sehr achtungswerthe Seite hat. Jene neue Richtung nämlich machte sich geltend, als die deutsche Jurisprudenz überhaupt eine freiere Haltung annahm, und sich aus den Fesseln loszuwinden anfing, in denen sie so lange schmachtete, als der fast ausschließliche Gegenstand ihrer Thätigkeit in der beschränkten Untersuchung einzelner römischer Rechtssätze bestand, die noch dazu meistens in stereotyper Weise zur immer wiederholten Besprechung von Geschlecht auf Geschlecht vererbten. Gegen diesen Zustand ward von zwei Seiten angekämpft: von der historisch-nationalen und der philosophischen, beide ihrem Wesen nach verschieden, aber doch in wichtigen Resultaten und in ihrem letzten Zweck einig, häufig genug freilich auch in ihren Irrthümern und Uebertreibungen. So geschah es, daß die ersten Bearbeiter des deutschen Rechts, in lauter Freude über die neue Eroberung und trotz ihres schwachen

---

3) J. H. de Berger, oecon. jur. lib. III. tit. 1. th. 11. — D. Mevius, decis. p. V. dec. 407. — S. Stryk, usus mod. pand. lib. II. tit. 14. §. 12. — J. Schilter, praxis jur. rom. tom. I. exercit. 8. §. 2 sqq. — J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. tom. II. exercit. 31. cap. 1. §. 13.

historischen Rüstzeugs, mit der größten Entschiedenheit Rechtssätze aufstellten, und ihre praktische Geltung gegen das gemeine Recht an verlangten, deren Begründung meistens ohne Auffassung des ganzen historischen und dogmatischen Zusammenhangs aus einzelnen Stellen der Volksrechte und Statute oder aus ganz isolirten Urkunden versucht ward, und die deswegen so oft der vollen Wahrheit entbehrten. Auf der andern Seite führte eine geistvollere und tiefere Auffassung der Rechtsverhältnisse, auch außerhalb der Grenze des einzelnen positiven Gesetzes zur freieren Prüfung des Rechtsstoffs, und zur Berücksichtigung von Momenten im Leben und in der Gesinnung der Nation, welche der früheren Zeit als eine unerhörte Anmaaßung würde erschienen seyn. Aber auch hier verleugnete sich nur selten die Unvollkommenheit des ersten Strebens, die Schwäche der Principien, die Willkühr der Subjectivität; man vermischte oft auf eine wunderliche Weise das Resultat, welches auf dem Wege einer allgemeinen Betrachtung gefunden war, mit den bestehenden Normen des positiven Gesetzes, und wer über einen noch so vereinzelten Gegenstand schrieb, glaubte ihn vorher nach den Grundsätzen des natürlichen Rechts construiren zu müssen. So mußte es dahin kommen, daß ein Werk, welches nur durch freie und hochgebildete Geister gefördert werden konnte, in die gewöhnliche Betrachtungsweise dürftiger Köpfe heruntergezogen, und dadurch in seinem innersten Wesen bedroht wurde. Auch ist die Richtung, welche später die deutsche Philosophie nahm, und das Verhältniß, in welches sie zur Jurisprudenz trat, der älteren Auffassung des natürlichen Rechts lange ungünstig gewesen, während tüchtige Männer in ununterbrochener Reihe fortfuhren, das nationale Recht auf dem Wege der historischen Forschung

und Deduction zur Kunde und zur Anwendung zu bringen. Aber alles das darf uns doch nicht abhalten, daß wir jenen ersten Versuch, eine Wissenschaft des Rechts unabhängig von dem Inhalt einzelner positiver Gesetze zu begründen, in seiner vollen Bedeutung anerkennen, und selbst der unmittelbare Gewinn, welcher für die ganze Rechtsbildung in Deutschland daraus hervorgegangen ist, war größer, als man oft anzunehmen geneigt scheint. Wenigstens möchte es denen, welche das einheimische deutsche Recht zu einer gewissen selbständigen Geltung zu bringen gesucht haben, schwer geworden seyn, ohne jene Vorgänge ihren Bestrebungen sobald Eingang zu verschaffen.

Aber bei aller Anerkennung, welche man jener frischen Regung in der deutschen Jurisprudenz zollt, ist es doch eine ernste Pflicht, die Resultate, welche daraus hervorgegangen sind, sorgfältig zu prüfen, und sie, wo Verirrung oder Uebertreibung sich darstellen, auf das rechte Maaß zurückzuführen. Auch das Obligationenrecht ist, wie schon bemerkt worden, von den gegen das römische Recht erhobenen Angriffen nicht verschont geblieben, obgleich man demselben gerade in dieser Lehre am wenigsten anhaben konnte. Denn hier fordert nicht bloß die Methode der classischen Juristen zur Nacheiferung auf, sondern der Inhalt selbst, in welchem sich fast die ganze Erfahrung und Anschauungsweise des Alterthums über den Verkehr concentrirt hat, entspricht den Anforderungen der modernen Zustände weit mehr, als es bei den meisten andern Instituten der Fall ist, da der Verkehr sich unter gewissen Voraussetzungen im Wesentlichen gleich bleibt, und von nationalen Eigenthümlichkeiten am wenigsten abhängt. Aber durch solche Betrachtungen ließ man sich nicht abhalten, gegen manche zum Theil tief eingreifende Bestimmungen

des römischen Rechts über die Verträge anzugehen, und ihre Angemessenheit und Gültigkeit für die deutschen Verhältnisse zu leugnen; indem man überhaupt in dieser Polemik nicht so sehr von einem allgemeinen, klar erkannten Princip geleitet ward, als sie vielmehr bei einer eben dargebotenen Gelegenheit ausübte. So ließ man die römische Systematik im Obligationenrecht, welche den Anforderungen des Lebens und der Wissenschaft nicht mehr genügen kann, unangefochten, und wandte sich gegen die innerlichsten Grundsätze der Lehre. Daß die Auffassung der Erbverträge und ihre juristische Construction in der Doctrin mit diesem Verfahren in genauer Verbindung steht, soll weiter unten in der Literärgeschichte gezeigt werden; hier ist der Ort, wo diejenigen Punkte hervorzuheben sind, in denen man aus allgemeinen Gründen von der römischen Vertragslehre abzuweichen sich für berechtigt hielt, und welche auch für die rechtliche Beurtheilung der Erbverträge von Wichtigkeit sind. Der Mittelpunkt aller dieser Abweichungen liegt in dem Satze: daß im heutigen Rechte jeder Vertrag als solcher seine volle rechtliche Geltung hat; daraus folgt, daß jeder formlose Vertrag rechtsbeständig und klagbar ist, also auch eine bloße Vertragsberedung (ein Wort, womit ich nicht unpassend das pactum de contrahendo zu bezeichnen glaube); und nahe damit verwandt ist der Grundsatz, daß einem Dritten aus einem Vertrage, an welchem er keinen Theil genommen hat, ein Recht erworben werden kann. Diese drei Punkte sollen hier sowohl in ihrer allgemeinen Bedeutung, als auch in ihrer besonderen Beziehung auf die Erbverträge zur Erörterung gebracht werden.

I. Kein Satz hat für ehrliebende und wahrhafte Gemüther mehr Reizendes, als der, welchen die deutsche

Jurisprudenz gewissermaaßen an die Spitze des Obligationenrechts gestellt hat: daß jeder verpflichtet sey, sein einmal gegebenes Wort zu halten, und daß daher auch der formlose Vertrag stets vollgültig und klagbar sey. Ist dieß Princip doch so eng mit den Grundsätzen der Ehre und Treue verwachsen, stellt es sich doch im Verhältniß zum guten Glauben im Handel und Verkehr so günstig dar, daß eine Bekämpfung desselben vom Standpunkt der juristischen Bedenklichkeit aus kaum wird unternommen werden können, ohne eine Verdächtigung, wenn auch nicht gegen die Person, so doch gegen die ganze Richtung des Standes und seiner Anschauungsweise hervorzurufen. Dazu kommt, daß man gerade mit dieser Frage die Nationalität der Deutschen, die sonst doch so gar wenig in Anspruch genommen zu werden pflegt, in Verbindung gebracht hat, indem eben dieses Festhalten am gegebenen Wort, an dem einmal eingegangenen Vertrag, ohne Rücksicht auf irgend eine Form und Aeußerlichkeit, als ein im deutschen Rechte tief begründeter Zug dargestellt wird, der in der Heiligkeit der deutschen Treue seine Erklärung finde; — wahrlich Gründe genug, um mit der größten Vorsicht bei der Behandlung dieser Lehre vorzugehen. Wenn ich mich nun nach einer sorgfältigen Prüfung derselben zu der strengeren, juristischen Ansicht, welche zuletzt namentlich von Hasse vertreten worden ist, hingewandt habe, so glaube ich dieses durch die folgende Ausführung hinreichend gerechtfertigt zu haben; sonst könnte ich mich auch noch auf Justus Möser berufen, der sich nicht gescheut hat, der herrschenden Ansicht zuerst kräftig entgegen zu treten [4]).

In dem römischen Recht gilt bekanntlich die Regel,

4) Patriotische Phantasien II. No. 24.

daß das pactum nudum, wenn es ohne Beziehung auf einen gültigen Hauptcontract vereinzelt hingestellt ist, keine juristische Wirksamkeit hat; um dazu erhoben zu werden, bedarf es noch eines andern Moments, sey es nun die angefangene Leistung oder die feierliche Form der Wortfassung. Die letztere interessirt uns hier vorzugsweise. Durch sie ward ein doppelter Zweck erreicht: einmal ward dadurch die übereilte und unbesonnene Uebernahme einer Verbindlichkeit beschränkt, da, wer sich mit feierlichen Worten verpflichten soll, schon eher ein Bedenken tragen wird, es zu thun, als wer durch eine bloß hingeworfene Aeußerung die volle Last der Obligation auf sich nehmen kann. Dieß konnte jedoch auch das seinem Gegenstande nach freilich beschränkte prätorische Constitutum bewirken. Außerdem aber lag in der Stipulation ein vortreffliches Mittel, den Augenblick zu fixiren und zu bezeichnen, in welchem der Wille der Contrahenten so zusammen kam, daß ein wahrer Consensus vorlag. Der Mittelpunkt des Geschäftes war hier auf eine ganz unzweifelhafte Weise angegeben, und Zweifel und Streit, die so leicht eintreten, wenn aus dem bloßen Hin- und Herreden der Parteien jeder Vertrag zu Stande kommen kann, waren nicht wohl möglich, da die Stipulation gewissermaaßen das Resultat der ganzen Unterhandlung war, welche in diese juristische Spitze auslief. — Im späteren römischen Rechte ist aber diese ursprüngliche Bedeutung der Stipulatio fast ganz verloren gegangen, seitdem nämlich Leo bestimmte, daß es nicht mehr auf feierliche und directe Worte ankommen, sondern jeder Ausdruck hinreichen solle, woraus sich der Consens der Parteien entnehmen lasse [5]). Das

---

5) c. 10. C. de contrah. et comm. stipulatione. Imp. Leo a. 469. Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus vel directis

will eigentlich nicht mehr sagen, als wenn man jetzt darauf dringt, daß bei dem formlosen Vertrag die Absicht der Contrahenten, sich auf eine bestimmte Weise zu verpflichten, unzweifelhaft seyn muß; von dem Verbalcontract war nur soviel übrig geblieben, daß man noch die alte Form wählen konnte, und auch wohl noch häufig wählte, und daß eben Worte erfordert würden, und eine stillschweigende Uebereinkunft sie nicht ersetzte. In der That muß man sich wundern, daß bei der allgemeinen Nivellirung, welcher das römische Recht in der späteren Zeit unterworfen ward, diese alte Form sich noch so lange erhalten hat, und es erregt eine sehr günstige Meinung für die Wirksamkeit der Stipulatio, daß sie fast alle andern strengeren Einrichtungen des ältern Rechts überlebt hat, und nicht durch bloßen Nichtgebrauch untergegangen ist, sondern erst durch ein ausdrückliches Gesetz, welches übrigens durch die Verhältnisse mag hervorgerufen seyn, ihre Bedeutung verloren hat.

Nach dem Angeführten muß man es nun ganz natürlich finden, daß die Stipulatio bei der Reception des römischen Rechts nicht mit aufgenommen worden ist, und schon daraus läßt sich scheint es die jetzige Formlosigkeit der Verträge erklären. Allein die Sache verhält sich doch nicht ganz so. Die Glosse faßte nämlich jenes Gesetz, welches Leo über die Abänderung der Stipulatio erließ, nicht so weit, als es vorher geschehen ist. Daß die vollständige Umänderung der ganzen Form beabsichtigt ward, ergiebt sich nämlich aus der Bestimmung, daß nicht bloß die bestimmten feierlichen Worte unnöthig seyn sollen, sondern auch die verba directa, was sich nur auf die Form

---

sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositae sunt, vel legibus cognitae suam habeant firmitatem. — cf. §. 1. I. de V. O.

von Frage und Antwort beziehen kann, worin die Stipulation ursprünglich gefaßt wurde. Die Glosse versteht das Gesetz aber so, daß die Wiederholung desselben Worts, welches in der Frage vorgekommen ist, durch den Antwortenden nicht mehr für wesentlich gelten solle, und sie bezieht diese Aenderung ausdrücklich auf das geltende Recht [6]). Wie wenig aber die Glosse überhaupt daran gedacht hat, über die Gültigkeit der Verträge andere Grundsätze aufzustellen, als sie im römischen Recht fand, zeigen viele Stellen [7]), und auch noch später war man sich gar nicht klar über diese Verhältnisse. So gehen z. B. noch Bartolus [8]), ja selbst Mynsinger [9]) ganz unbefangen von der Ansicht aus, daß regelmäßig nicht das pactum nudum, sondern nur die Stipulatio rechtsbeständig und klagbar sey. Daß sobald und ganz unbestritten doch die entgegenstehende Ansicht sich geltend machte, erklärt sich rücksichtlich jenes Hindernisses des römischen Rechts daraus, daß man am Ende einsehen mußte, wie rein unmöglich es sey, eine dem Volke ganz fremde Form ihm für seine Rechtsgeschäfte aufzudringen, da das consequente Verwerfen der ohne Stipulation eingegangenen Verträge doch nicht wohl thunlich war.

Eine andere Frage ist es, ob, wie man wohl anzu-

---

6) *Glossa* ad L. Omnes 10. C. de contr. vel comm. stiplt. *Directis*. Per eadem verba debebat fieri olim responsio, per quae fiebat interrogatio: ut dabis? dabo. *hodie* etiam per aequipollentia: ut dabis? Sic. vel utique.

7) S. z. B. die Glosse ad L. Juris gentium. 7. D. de pactis. — und zu verschiedenen Stellen des T. D. de V. O.

8) Bartolus de Saxoferrato ad L. Juris gentium. 7. D. de pactis.

9) J. Mynsinger a Frundeck, respons. jur. decad. X. resp. 50. Basileae 1596. fol.

nehmen pflegt, diese Grundsätze über die Formlosigkeit der Verträge stets dem deutschen Rechte eigenthümlich gewesen sind, so daß sie sich in jener Auffassung des gemeinen Rechts nur von Neuem geltend gemacht hätten; oder ob auch im älteren deutschen Rechte etwas anderes gegolten hat. Faßt man nun die Sache so ganz allgemein auf, so läßt sich zuversichtlich behaupten, daß auch in der ältern deutschen Vertragslehre die Formlosigkeit nicht unbeschränkt geherrscht, daß es vielmehr verschiedene Mittel gegeben hat, den Vertrag in eine bestimmte Form zu kleiden, und durch eine gewisse Feierlichkeit den Augenblick hervorzuheben und zu fixiren, wo der Wille der Contrahenten in dem Consens zusammentraf. Ehe nun untersucht wird, inwiefern die Beobachtung einer solchen Form nach deutschem Recht für die Rechtsbeständigkeit des ganzen Vertrags nothwendig gewesen ist, sollen die wichtigsten Arten derselben hier kurz genannt werden.

1) Das Symbol; man wandte auch bei den Verträgen, wie bei der Auflassung, den Halm an, der gebrochen, überreicht oder geworfen ward [10]), oder man gab sich den Handschlag [11]), trank den Weinkauf [12]), und was sonst noch als Zeichen des abgeschlossenen Geschäftes, als eigentliche Arrha vorkam [13]).

2) Auch mit feierlichen, gelehrten Worten ward im deutschen Rechte contrahirt, so daß die förmliche Antwort der Frage entsprach [14]), oder beide Contrahenten

---

10) J. Grimm, deutsche Rechtsalterth. S. 123 ff. 604.

11) a. a. O. S. 138. 605.

12) a. a. O. S. 191 ff.

13) L. Bajuvar. tit. 15. cp. 10. — S. auch den ersten Theil dieser Schrift S. 114.

14) Grimm a. a. O. S. 605 ff.

jeder für sich in feierlicher Rede ihr Rechtsverhältniß fest stellten, — eine Form, von der Maßmann vor nicht langer Zeit ein so interessantes Beispiel bekannt gemacht hat [15]).

3) Die schriftliche Abfassung der Verträge, welche sich schon in den Volksrechten so häufig vorgeschrieben findet, war nur für die wichtigeren Geschäfte, namentlich für Kauf- und Tauschverträge über Grundstücke und Hörige [16]) und für Eheverträge [17]) gebräuchlich. Auch ist der Zweck der Schrift hier nicht so sehr, den Augenblick festzustellen, wo der Vertrag gültig geworden ist, sondern hauptsächlich die Sicherung des Beweises, weswegen auch regelmäßig Zeugen als die Urkunde ersetzend angesehen werden [18]), und die Schrift nur ausnahmsweise als nothwendiges Erforderniß erscheint [19]). Diese Bedeutung, für die Sicherung des Beweises zu dienen, blieb der Schrift regelmäßig auch im späteren deutschen Rechte [20]), obgleich jüngere Statute für einzelne Geschäfte, z. B. für Eheverträge häufig genug die schriftliche Abfassung als ein nothwendiges Erforderniß vorschreiben.

4) Die gerichtliche Abschließung der Verträge. Wenn auch Ding und Geding als Bezeichnung für Gericht und Vertrag im ältern Recht auf eine gerichtliche

15) Rhein. Museum für Jurispr. III. 2. S. 279 ff.

16) L. Alamann. tit. 20. — L. Bajuv. tit. 15. cp. 2. 12.

17) L. Ripuar. tit. 37. — Form. Marculfi II. 15.

18) L. Wisigoth. lib. V. tit. 4. cap. 3. — L. Bajuv. tit. 15. cap. 12. et 13.

19) L. Alam. tit. 19. e. — L. Burgund. addit. I. tit. 12.

20) Schwäb. Landr. (C. Ambr.) cp. 34. — Im sächsischen Landrecht tritt die Schrift noch auf eine auffallende Weise zurück, was wiederum die besondere Wichtigkeit erklärt, welche es auf die Gerichtlichkeit der Verträge legt.

Abschließung der Verträge hinweisen, was wohl nicht unwahrscheinlich ist, so darf man doch daraus keine Regel bilden; in wichtigen Fällen mag man oft die im Gericht versammelte Menge benutzt haben, um ein sicheres Zeugniß sich zu verschaffen, aber von einer gesetzlichen Nöthigung zu dieser Form findet sich in den älteren Quellen so wenig eine Spur [21]), als es ursprünglich bei der Auflassung der Fall gewesen ist. Anders stellt sich nun freilich die Sache im sächsischen Landrecht, nach welchem das außergerichtliche Gelöbniß stets durch den Eid des Beklagten abgeleugnet werden kann [22]). Dürfte man hier einen Eid mit Consacramentalen annehmen, so würde der Grundsatz natürlicher erscheinen, und mit andern Rechtsquellen in Uebereinstimmung kommen; auch war ich früher überzeugt, daß sich die Sache so verhalte, und konnte um so weniger mit Hasse übereinstimmen, wenn er jene Stellen nicht bloß auf den Beweis des Gelübdes, sondern auf seine Geltung selbst bezog [23]). Aber so wie ich überhaupt durch eine weitere Untersuchung über die Formlosigkeit der Verträge der Ansicht von Hasse näher gebracht worden bin; so habe ich mich auch bewogen gefunden, namentlich durch Homeyer's Zusammenstellungen [24]) belehrt, den Consacramentaleneid hier aufzugeben. Doch halte ich es

---

21) Vgl. Grimm, R.A. S. 600. 747. — Meine Lehre von den Erbverträgen I. S. 112., und die Recension von Albrecht in den Götting. gelehrten Anzeigen Jahrg. 1835. Stück 54. 55. S. 538.

22) Sächs. Landr. I. 7. 18.

23) S. den ersten Theil dieser Schrift, S. 3. — Die Ansicht, welche ich daselbst über die Geltung der formlosen Verträge geäußert habe, findet in den oben stehenden Ausführungen ihre Berichtigung.

24) Im Register zur zweiten Ausgabe des Sächs. Landrechts. S. 307. und 401.

jetzt noch für unzweifelhaft, daß der Eid nur als Gegenbeweis gegen das außergerichtliche Gelübde gegeben, und dessen Gültigkeit an und für sich nicht in Zweifel gestellt ist. Das Geschäft war jedoch allerdings insofern ganz in die Hand des Schuldners gelegt, daß es im zweifelhaften Fall stets von seiner eidlichen Aussage abhing, ob er sich hatte verpflichten wollen oder nicht. — Die Gerichtlichkeit ward übrigens später allerdings für manche Verträge zum nothwendigen Erforderniß erhoben, indem z. B. die Vergabungen von Todes wegen, auch wenn sie nicht in Grundstücken bestanden, vor Gericht beschafft werden mußten [25]), und für manche andere Geschäfte ist später Aehnliches bestimmt worden. Doch muß man sich hüten, die gerichtliche Confirmation, welche so oft namentlich für wichtige Geschäfte unter den Bauern vorgeschrieben ist, mit der bloßen Abschließung eines Vertrags vor Gericht zu vermischen; denn der Gesichtspunkt einer Art Obervormundschaft, von welchem man bei der Anordnung der Confirmation nicht selten ausgegangen ist, kommt für den letzten Fall eigentlich nicht in Betracht.

Hält man nun diese verschiedenen Bestimmungen des älteren deutschen Rechts über die Form der Verträge zusammen, so wird es sich nicht leugnen lassen, daß auch hier Sorge getragen ist, die Unbestimmtheit des formlosen Vertrags im Obligationenrecht nicht zu sehr überhand nehmen zu lassen. Eine andere Frage ist es, ob jene verschiedenen Einkleidungen des Vertrags für absolut nothwendig gehalten worden sind, so daß er ohne sie gar keine rechtliche Wirkung haben konnte; oder ob sie nur zur größeren Sicherheit und Bequemlichkeit dienten, so daß

25) S. den ersten Theil dieser Schrift S. 156 ff. 214 ff.

ihre Vernachlässigung das Geschäft noch nicht in seiner vollen Geltung erschütterte, und die Bewahrung des formlosen Vertrags noch immer die Regel ausmachte. Insofern die letztere Ansicht nun auf die deutsche Treue zurückgeführt wird, so muß man bedenken, daß die alten Germanen von solchen Dingen, wie Ehre und Treue, sich keinen modernen, fein moralischen Begriff machten; sie schwebten ihnen nicht als das Ideal der sittlichen Würde und Pflicht vor, sondern fanden nur in der bestimmten Beziehung auf besondere thatsächliche Verhältnisse ihre Anwendung und Bedeutung. Die Treue namentlich war kein allgemeines Gut, das nur ein jeder so ohne weiteres in Anspruch nehmen, und über dessen Verletzung er sich beschweren konnte; es war, um jemanden gegen einen andern zur Treue zu verpflichten, ein ganz besonderes, aus bestimmten Gründen entstandenes Verhältniß zwischen ihnen nöthig, mochte es nun durch Dienstbarkeit, Lehnverband oder ein anderweitiges Gelübde hervorgerufen seyn, und auch dann noch fehlte demselben als wesentliches Merkmal der Charakter der Gegenseitigkeit. War die Pflicht der Treue aber einmal begründet, so stellte sie sich freilich auch nicht als eine isolirte Obliegenheit dar, sondern durchdrang auf eine sehr schöne Art das ganze Verhältniß, und die Ausdauer, Aufopferung und Innigkeit, welche sie in den kerngesunden und kräftigen Naturen hervorrief, verdienten eben so sehr die Anerkennung und den Ruhm, die ihnen reichlich zu Theil geworden sind, als sie die harte Strafe des Treubruchs, die Ehrlosigkeit erklären[26]. Hierbei stellt sich nun recht augenscheinlich der Unterschied heraus,

---

26) Sächs. Landr. I. 40. — III. 41. 78. — Schwäb. Landr. (C. A.) cp. 43. 81. 131.

der zwischen einem einfachen Versprechen und demjenigen bestand, welches "bei Treuen" (später: bei [adlichen, gräflichen, fürstlichen] Ehren) gegeben war; denn nur, wer das letztere nicht gehalten hatte, erlitt die Strafe des Treubruchs[27]). Dieser Umstand berechtigt jedoch wiederum nicht zu der Behauptung, daß der formlose, einfache Vertrag im deutschen Rechte gar keine oder nur ausnahmsweise eine Wirkung gehabt habe, wie das im römischen Recht der Fall war. Dagegen scheint mir ganz entschieden die Fassung der bekannten Stelle des sächsischen Landrechts zu sprechen[28]); denn will man nicht annehmen, daß der Spiegler einen Meineid für rechtlich möglich gehalten habe, so drücken doch die ersten Worte eine Regel aus, die nur sogleich wieder ihre Beschränkung erhält. Will man also die vorgelegte Untersuchung in einem großen Resultat zusammen fassen, so wird man nicht damit auskommen, wenn nur so allgemein die Behauptung aufgestellt wird: die Deutschen kannten nur formelle Verträge; aber noch weniger mit der Ansicht, daß in ihrer Vertragslehre die Form gar keine Bedeutung gehabt hat. Die Art der Geschäfte, ihr Gegenstand, die Personen, welche sie schlossen, die Zeit, der Ort der Eingehung, — alles das wirkte entscheidend auf die Form, über deren Nothwendigkeit oder bloße Angemessenheit und Dienlichkeit im einzelnen Fall

---

27) Richtsteig Landrecht I. 34. (Senckenberg corp. j. g. I. pag. 173.)

28) Sächs. Landr. I. 7. Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden, unde svat he dut, dat sal he stede halden. Wil he is aver versaken dar na, he untvort it ime mit sinem ede, svat he vor gerichte nit gelent (al. gelovet, gethan) ne hevet. Svat he aver vor gerichte dut, des vertüget en de sakeweldige mit tven mannen, unde de richter sal de dridde sin. Vgl. eodem I. 13. §. 2.

Sitte und Uebung entschieden, und dem Gericht die Norm ihrer Beurtheilung an die Hand gaben. Denn was im römischen Recht, dessen Entwickelung unter den Augen der Behörden vorging, und durch diese und die Juristen geleitet ward, zu einem gesetzlich anerkannten, scharf begrenzten Princip erhoben werden konnte, das mußte in Deutschland durch den allgemeinen rechtsbildenden Trieb, der in der Nation lag, zu Stande gebracht werden; dieses führte, so lange er sich frei regen konnte, im Großen und Allgemeinen zu ähnlichen Resultaten, und bewahrte sogar die innere Freiheit des Rechts, — aber nicht auf dem Wege des klar erkannten und ausgesprochenen Grundsatzes, sondern indem die verschiedensten Mittel und Institute hier zum Theil unbewußt demselben Zweck dienten.

Das deutsche Recht hatte also die Neigung, welche es auch geltend zu machen wußte, bei Verträgen den Moment zu fixiren, wo der Wille verschiedener Personen zum Consens wird, und außerdem begünstigte es solche Formen, welche den Beweis der Geschäfte erleichtern. Dieß letztere gilt jedoch nicht allein für die schriftliche oder gerichtliche Abschließung der Verträge, sondern auch für die Eingehung derselben unter Benutzung eines Symbols oder gelehrter Worte. Denn dadurch ward es nicht bloß den Zeugen, die hinzugezogen wurden und unter Umständen die Schrift und das Gericht ersetzen konnten, leichter gemacht, ein ganz bestimmtes Zeugniß abzulegen, während sie, wenn sie bloß eine formlose Beredung der Parteien mit angehört hatten, oft genug nicht ganz im Klaren seyn mochten, ob wirklich der Vertrag vollkommen zu Stande gekommen war oder nicht. Auch die Parteien selbst wurden dadurch in eine viel einfachere Lage gebracht, da es ja so häufig geschieht, daß unter Leuten, die keine Geschäftsmänner sind,

aus einem Schwall von Worten am Ende eine Vereinbarung herauskommt, die jeder für einen Vertrag hält, in welchen er seine Wünsche hinein interpretirt, während die Abweichungen oft noch sehr wesentlich sind, — eine unerschöpfliche Quelle von Prozessen, bei denen jede Partei im besten Rechte zu seyn glaubt. War hier aber ein Symbol angewandt worden, hatte man feierliche, gelehrte Worte gebraucht, deren Bedeutung einem jeden gegenwärtig war; so fiel der Grund zum Zweifel über die Existenz und die Interpretation des Geschäftes weg, und der Richter hatte einen festen Anhaltspunkt, da selbst dann, wenn für kein Beweismittel gesorgt war, — was bei einem solchen vorbereiteten Acte nicht leicht wird geschehen seyn, — die Wegleugnung jener bestimmten Form schon eine ganz entschiedene Lüge in sich schloß, vor der auch der Leichtfertige sich zu hüten pflegt. Hätte nun das deutsche Recht sich einer verständigen, selbstbewußten Fortbildung zu erfreuen gehabt, so würde jener im Volke wirkende Trieb, welcher sich noch in später Zeit in Statuten und Gewohnheiten ausgesprochen hat, zum Princip erhoben worden seyn, und man hätte den Vorzug, welchen die reiche Mannigfaltigkeit des deutschen Rechts darbietet, benutzen können, um den Grundsatz, daß der Vertrag regelmäßig in eine bestimmte äußere Form gekleidet werden muß, aufrecht und lebendig zu erhalten. Aber unsere gelehrten Juristen haben ja fast nie die Fäden zu erfassen gewußt, an welche sie eine angemessene Fortbildung des einheimischen Rechts hätten anknüpfen können; nur auf dem fremden Rechte fußend, übersahen sie feine deutschen Verhältnisse, und wußten doch auch mit der römischen Stipulation nichts anzufangen: sie ließen die Form der Verträge fallen, wie sie die feierliche Auflassung schlecht bewahrten. Es ward der formlose Ver-

trag zum Princip erhoben, dem später die angebliche Richtung des älteren deutschen Rechts als Grundlage untergebreitet ward, oder man berief sich auf einzelne gelegentliche Aussprüche des canonischen Rechts [29]), die aber im Grunde nichts weiter sagen, als was schon der Prätor in einer allgemeinen Auffassung der menschlichen Verhältnisse längst ausgesprochen hatte, ohne damit dessen absolute Geltung in Anspruch zu nehmen [30]).

So fielen im gemeinen Recht fast alle Bande weg, welche früher den schwankenden und beweglichen Stoff des Vertrags zusammengehalten hatten, und man gelangte dahin, sein Wesen im Allgemeinen und Formlosen zu finden. Wer nun jenen Grundsatz der unbedingten Klagbarkeit der Verträge consequent durchführen will, der wird auch kaum noch die Ausscheidung der Realcontracte rechtfertigen können, und selbst die wesentlichen Bestandtheile eines römischen Consensualcontracts werden kein Hinderniß abgeben, sie in jedem besondern Vertrag, der seine Gültigkeit in sich selbst hat, beliebig abzuändern, so daß es streng genommen nur noch bloße naturalia giebt, und der einzelne Fall stets die fast alleinige Norm für die richterliche Entscheidung bildet. Das ist nun gewiß im Allgemeinen kein guter Rechtszustand, wenn die Jurisprudenz der besonderen Institute und der sie leitenden Principien beraubt wird; doppelt schlimm ist er aber in unserm Fall gerade da, wo das heutige gemeine Recht gilt. Denn wenn ein natürliches, humanes, der juristischen Strenge entkleidetes Princip im Rechte herrschen soll, so ist die gelungene Durchführung desselben, wenn überhaupt, nur da

29) cp. 1. 3. X. de pactis.

30) L. 1. pr. D. de pactis. — L. 1. pr. D. de pecun. constit.

möglich, wo eine volksthümliche Gerichtsverfassung besteht, welche die Richter, dem Volke entnommen, im lebendigen Verkehr mit diesem hält, wo die Parteien vielleicht persönlich erscheinen, Rede und Antwort geben müssen, und wo Alles, wenn auch ein Jurist an der Spitze steht, mehr von dem glücklichen Blick, dem Geschäftstacte und dem richtigen Gefühl, als von einer streng juristischen Deduction und Beweisführung seine Entscheidung erhält. Denkt man sich dagegen ein Verfahren nach den Grundsätzen des deutschen gemeinen ordentlichen bürgerlichen Prozesses, so kann man zweifeln, ob man sich mehr über die Unangemessenheit der Grundsätze wundern soll, welche jetzt in der Vertragslehre des gemeinen Rechts gelten, oder über die Inconsequenz einer Jurisprudenz, welche sonst streng und gelehrt, plötzlich eine fast jugendliche Humanität vertreten will.

Dieß Alles nun berechtigt wohl zu dem Wunsche, daß der Vertragslehre des gemeinen Rechtes mehr Haltung und Sicherheit verschafft, und auch hier die Herrschaft einfacher, bestimmter und natürlicher Institute befördert werde. Namentlich in Beziehung auf den vorher behandelten Punkt liegt dabei der Gedanke nicht fern, den schon Möser[31]) ausgesprochen hat, daß es angemessen wäre, auf das Princip der römischen Stipulation zurückzukommen, wie es auch im Symbol und den gelehrten Worten des deutschen Vertrags hervortritt, und etwa dabei die Ueberreste zu benutzen, welche noch im Volke von diesen Formen gefunden werden, wobei denn insbesondere der Arrha ihr rein confirmatorischer Charakter bewahrt werden müßte. Doch darf man sich auch keine Illusionen darüber machen,

---

31) Patriotische Phantasien II. No. 24.

wie leicht ein allgemeines Gesetz über dergleichen Sachen lächerlich werden, und Anstoß erregen könnte, zumal da der gegenwärtige Geschäftsverkehr sich fast ganz außerhalb solcher Formen bewegt. Wollte man daher auch irgend eine Verfügung der Art erlassen, so müßte man alle unbedeutenderen Geschäfte davon ausnehmen, welche im Laufe des täglichen Verkehrs, zwischen Städter und Landmann, zwischen Handwerker und Kunden u. s. w. geschlossen werden, womit man jedoch immerhin die Begünstigung bestehender Formen, als Handschlag, Weinkauf und dergl. verbinden könnte. Dagegen wäre es ganz gewiß durchaus verständig, für wichtigere Geschäfte wieder eine gewisse Feierlichkeit, mit welcher man nur der Volksmeinung zu Hülfe kommen würde, als nothwendig vorzuschreiben; denn auch jetzt schon wird nicht leicht ein guter Hausvater sie ohne alle äußere Vorbereitung eingehen. Daß es aber auch nur in diesem Fall passend wäre, wieder auf alte, einmal außer Gebrauch gesetzte Formen zurückzukommen, scheint mir freilich selbst sehr zweifelhaft zu seyn; wenn sie bestehen und wirken, so geschieht es nur, weil sie mit dem Volksleben eng verwachsen sind, und insofern kann die Gesetzgebung sie schützen und sichern, aber sie wiederherzustellen liegt außer ihrer Macht. Doch ließe sich vielleicht auch in den modernen Lebensverhältnissen ein Punkt herausfinden, bei dem man hier wieder anknüpfen könnte, und ein solcher dürfte nicht vernachlässigt werden. Denn die Aufgabe einer Einrichtung, wodurch die Verträge juristisch gesichert werden sollen, muß doch immer die seyn, den bestimmten Moment zu fassen, wo das Geschäft perfect wird, und zugleich für den Beweis zu sorgen. Der Geschäftsverkehr unter den Kaufleuten, welcher die hohe Schule unserer Juristen seyn sollte, giebt hier manchen

sehr belehrenden Wink. Dem römischen Recht darf man dabei nur mit großer Vorsicht folgen, weil die Eintheilung der Verträge hier größtentheils einen historischen Grund hat, und es gewiß nicht passend ist, rücksichtlich der Form fast allein auf die Art der Geschäfte zu sehen, und z. B. den Kauf ohne Unterschied des Gegenstandes für formlos zu erklären, wogegen der Geschäftsact der Römer sich freilich ziemlich zu sichern wußte. Sonst zeigt uns auch das römische Recht, daß in äußerlich gebildeten Zeiten das Wort und die Thatsache immer mehr vor der Schrift zurücktreten [32]), und Justinian ging sogar schon so weit, in den Fällen, wo die schriftliche Abfassung der Verträge bestimmt war, von ihr die Perfection derselben abhängig zu machen [33]), wodurch sie den Charakter eines bloßen Beweisthums verlor, und zur wesentlichen Form sich erhob. Auch ist eine solche Strenge von dem hier festgehaltenen Standpunkte aus betrachtet, consequent und nothwendig, und verliert, wenn noch andere Verhältnisse gehörig berücksichtigt werden, Vieles von ihrer scheinbaren Härte. Doch ist es gewiß nicht gut, die Form und den Beweis zu sehr in der Schrift zu concentriren; bei einfachen Geschäften, welche nicht auf eine zu lange Dauer berechnet sind, können Zeugen, wenn sie nur zum bestimmten Act ausdrücklich rogirt werden, denselben Dienst thun, und es scheint einseitig und mehr für die Bequemlichkeit des Richters, als für das Interesse der Parteien gesorgt zu seyn, wenn das französische Recht den Zeugenbeweis regelmäßig nur bei geringfügigen Sachen zuläßt [34]). Ein Institut freilich

32) L. 134. §. 2. D. de V. O. — §. 17. I. de inut. stipulat. — §. ult. I. de fidejuss.

33) c. 17. C. de fide instrument.

34) *Code civil. art.* 1341. Il doit être passé acte devant no-

würde bei der größeren Strenge in unserer Vertragslehre sehr viel von seiner Bedeutung verlieren, — der Schiedseid der Parteien; denn eben die schwankende und formlose Lage der Verträge giebt die gewöhnlichste Veranlassung zu seiner Anwendung. Aber wie dieses Beweismittel sich im gemeinen Prozeß gestellt hat, macht es demselben wahrlich keine Ehre, und kann weder die Prüfung der öffentlichen Moral noch einer gesunden Jurisprudenz bestehen [35]. Wenn eine festere Stellung der Verträge auch nur das bewirkte, daß der Schiedseid mehr in den Hintergrund gestellt würde, so müßte man das schon als einen großen Gewinn ansehen.

Doch ich kehre von dieser Abschweifung zurück, um den Boden des positiven Rechts wieder zu gewinnen, und zu untersuchen, wie die Lehre von den Erbverträgen hier gestellt ist. Denn die vorher geäußerten Bedenken und Vorschläge können doch ohne die Dazwischenkunft der Gesetzgebung nicht zu einem unmittelbaren Resultate führen, und wenn es auch der Wissenschaft obliegt, hier vorzu bereiten und anzutreiben, so darf sie doch auch nicht die Grenze verkennen, welche ihr gesetzt ist, und muß sich von jeder Willkühr fern halten. Aber über das, was bei dem

taires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'ágisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. — — Daß diese Vorschriften von der Furcht vor der Production falscher Zeugen hervorgerufen worden sind, läßt sich doch wohl kaum annehmen?

35) In der Schweiz, z. B. in Basel und wie ich höre auch in Zürich, kennt man den Schiedseid fast gar nicht, und befindet sich sehr wohl dabei.

gegenwärtigen Zustande des Rechts zu thun ist, um sich dem als wichtig erkannten Princip möglichst zu nähern, steht allerdings der Jurisprudenz eine entscheidende Stimme zu, und hier kann sie unmittelbar eingreifen und wirken. Hasse hat das Verdienst, die oben berührten Verhältnisse mit Lebendigkeit zur Sprache gebracht, und zugleich dem Uebel ein Mittel gegenüber gestellt zu haben, welches, wenn auch nothwendig von beschränkter Wirkung, doch den Umständen angemessen, und so einfach und natürlich ist, daß es hoffentlich allgemeinen Eingang in die Praxis finden wird [36]. Gerade an der Lehre von den Erbverträgen, welche vielleicht am allermeisten durch die Grundsätze über die Formlosigkeit der Verträge bedroht ist, hat Hasse später seine Ansicht näher entwickelt [37], und sie dahin bestimmt:

"einen bindenden Vertrag niemals im reinen Zweifel, sondern nur da anzunehmen, wo sich juristische Gewißheit darüber erlangen läßt, daß Gebundenheit in der Absicht (der Parteien) lag."

Man sieht, es handelt sich hier nicht darum, den Augenblick der Perfection des Vertrags und den Beweis desselben formell zu fixiren; so verständig auch eine solche Form bei den Erbverträgen wäre, und so sehr auch der Vorgang des älteren Rechts bei ähnlichen Geschäften und die Analogie des Testaments darauf hinweisen, so steht es doch nicht in der Macht der Theorie, hier eine unmittelbare Abhülfe zu bieten, und die Anforderung der Zweckmäßigkeit zur rechtlichen Nothwendigkeit zu erheben [38]. Aber

36) S. Zeitschrift f. g. R.W. I. 1. S. 24-35.

37) Im rhein. Museum für Jurisprudenz II. 2. S. 197 ff.

38) Wenn Eichhorn (Einleitung ins deutsche Privatrecht §.342) für den Erbeinsetzungsvertrag dessen schriftliche Abfassung, und Leyser

weil eben im heutigen Recht die Lehre von den Verträgen fast ausschließlich auf den Consens der Contrahenten begründet wird, so steht es der Wissenschaft wohl an, das Wesen des Consensus zum Gegenstand einer freien Betrachtung zu machen, die Verschiedenheit desselben von der bloß einleitenden, nachgebenden, sich nähernden Beredung hervorzuheben, und also bei jedem nicht formell begrenzten Geschäfte für den Richter die Freiheit in Anspruch zu nehmen, erst nach sorgfältiger Prüfung der Umstände und nach erlangter Ueberzeugung von der wahren Absicht der Paciscenten, sich über die Natur des Geschäftes und dessen rechtlichen Charakter auszusprechen. Natürlich muß hier eine gewisse, auf Vertrauen beruhende Freiheit des Richteramts anerkannt werden; aber doch keine größere, als es mit den engen Grenzen, worin das gemeine Recht dasselbe hält, vereinbar ist; denn wie läßt sich ohne eine gewisse Freiheit der Art eine practische Jurisprudenz nur denken? Auch werden die gewöhnlichen Interpretationsregeln deswegen nicht ungebührlich zurückgesetzt werden; wenn z. B. die Ausdrücke der Parteien keinen Zweifel über ihre ernstliche Absicht gestatten, so fällt natürlich auf Seiten des Richters jeder Grund zur weitern Untersuchung weg, so daß man Hasse's Grundsatz auch so ausdrücken könnte: es ist für den Richter die größte Vorsicht nöthig, wenn er einen formlosen Vertrag für rechtsgültig und bindend erklären soll; — woraus denn schon folgt, daß die Vermuthung sich gegen ihn stellt.

(medit. ad pand. sp. 45. med. 1.) für den Erbverzicht die eidliche Bestärkung verlangen, so beruht beides auf Gründen, die später im besondern Theil näher geprüft werden sollen; beitreten kann ich ihnen nicht.

Leicht ist es freilich nicht, mit Sicherheit die Grenze anzugeben, wo die wirkungslose Beredung vom bindenden Vertrage sich scheidet: der Totaleindruck, welchen das einzelne Geschäft mit allen seinen Nebenumständen und Persönlichkeiten macht, (dem Papier freilich oft schwer zu entnehmen!) wird meistens den Ausschlag geben müssen. Denn die juristische Deduction im streng logischen Fortschritt ist stets nur bis auf einen gewissen Grad durchzuführen; von da an beginnt die Herrschaft des Rechtsgefühls und des juristischen Tactes, wie sie sich in der exceptio doli der römischen Juristen darstellt. — Wann daher ein bindender Erbvertrag vorliegt, wann bloß die Absicht, der Gedanke ausgesprochen ist, einen solchen einmal einzugehen, einen Erben zu machen, oder ein Erbrecht aufzugeben, ohne daß mit der Aeußerung gerade der Wille verbunden gewesen ist, so etwas eben jetzt zu thun, oder sich auch nur für die Zukunft dazu verpflichten zu wollen: darüber kann im Allgemeinen keine feste Regel aufgestellt werden; nur ist es unzweifelhaft, daß die Acceptation eine solche gelegentliche Aeußerung nicht schon zum Vertrage stempelt. (S. Hasse in der Zeitschrift a.a.O. S. 28 und 48.) Man wird jedoch mit einiger Zuversicht annehmen dürfen, daß regelmäßig nur da die Absicht vorgelegen habe, einen Erbvertrag einzugehen, wo aus den Umständen erhellt, daß das Ganze nicht bloß so gelegentlich, ich möchte sagen gesprächsweise vor sich gegangen ist, sondern aus Allem eine gewisse Vorbereitung auf die Abschließung des Geschäftes sich herausstellt. Es liegt doch gewiß nicht in der menschlichen Natur und in der Art, wie ein nicht unverständiger Mann seine Angelegenheiten besorgt, ein so wichtiges Geschäft, wie der Vertrag über eine Erbschaft oder deren Quote ist, flüchtig und formlos,

ohne Schrift und Zeugen "oder vor wenigen vielleicht nur zufällig hinhorchenden" abzuschließen; und wenn man auch weder eine bestimmte Anzahl derselben noch ihre förmliche Rogation noch überhaupt nur dieses Mittel der Garantie verlangen kann: so ist, wo nichts der Art vorgekommen ist, der Verdacht des Richters gewiß begründet, und die größte Vorsicht seine Pflicht [39]).

Ich will zur Bestätigung dessen, worauf diese ganze Untersuchung hingeführt hat, eine Analogie aus dem römischen Rechte anführen. Das Soldatentestament war formlos, wie der deutsche Erbvertrag, und so mochte es oft genug geschehen, daß man damals wie jetzt in der gelegentlichen Aeußerung eines verstorbenen Mannes seine ernste Willenserklärung zu finden glaubte. Gegen diese zu laxe Interpretation solcher Geschäfte erließ Trajan ein Rescript, welches mit wenigen Abänderungen fast ganz auch auf unsern Fall paßt, und wie mich dünkt die Sache in das rechte Licht stellt. Vor Allem muß es fest stehen, daß die Absicht da war, den Erbvertrag einzugehen, und daß dieß auch wirklich geschehen ist (ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse): das ist die Angel, um die sich die ganze Frage herum dreht. Die Stelle, welche ich meine, ist diese:

L. 24. D. de testamento militis. Florentinus libro X. Institutionum. Divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit. Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intellegi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse: quod et sine scriptura et a non militantibus fieri potest. Si

---

39) S. Hasse im rhein. Museum II. 2. S. 209. Note 75.

ergo miles, de cujus bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem, et cui libertatem tribuere: potest videri, sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est. Ceterum si, ut plerumque sermonibns fieri solet, dixit alicui: *Ego te heredem facio*, aut: *Tibi bona mea relinquo:* non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti: alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui adfirmarent se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona cui visum sit: et per hoc judicia vera subvertuntur (al. subverterentur).

II. Durch das Resultat der vorhergegangenen Untersuchung ist eine Erörterung über die rechtliche Natur einer Vertragsberedung und ihre besondere Stellung in der Lehre von den Erbverträgen um Vieles vereinfacht und erleichtert. Das Versprechen nämlich, jemand zum Erben einsetzen, oder auf eine Erbschaft Verzicht leisten zu wollen, wird sich meistens auf solche Fälle zurückführen lassen, für welche oben wegen der ihnen mangelnden Bestimmtheit und Vollendung die Existenz eines bindenden Erbvertrags geleugnet ward; und da muß es sich denn von selbst verstehen, daß die der juristischen Wirksamkeit entkleidete Vereinbarung oder Aeußerung unter einem andern Namen hier nicht wieder auftauchen und ihre Geltung in Anspruch nehmen können. Anders stellt sich die Sache aber, wenn die Contrahenten ausdrücklich und unzweifelhaft übereingekommen sind, zwar nicht sogleich einen Vertrag über die Beerbung zu schließen, aber doch einen solchen, welcher

zur späteren Eingehung des erst genannten verpflichten soll. Ist der nun als gültig und bindend anzusehen, so daß eine Klage auf Vollziehung daraus zusteht? Bevor hierauf eine bestimmte Antwort für die Lehre von den Erbverträgen gegeben werden kann, muß vorläufig ganz in der Kürze die Stellung angegeben werden, welche die Vertragsberedung überhaupt in unserm gemeinen Rechte einnimmt.

Schon die Römer kannten die Verabredung, einen künftigen Vertrag einzugehen, und wenn dabei die Form der Stipulation angewandt war, so stand der Gültigkeit und Klagbarkeit des Geschäfts im Allgemeinen nichts entgegen [40]). Sie hielten es jedoch für unvorsichtig, sich bloß so ohne weiteres die Abschließung eines künftigen Vertrages auszubedingen, weil dann dem Stipulator, wenn es zur Klage kam, der Beweis seines Interesses oblag, der natürlich gerade in diesem Fall meistens sehr schwierig war; und man wählte daher den bequemen Ausweg, das etwaige Interesse ein für allemal durch eine Strafberedung zu fixiren [41]). Hier muß es nun sogleich auffallen, daß stets nur von einer Klage auf das Interesse gesprochen wird, nicht aber von der Möglichkeit, den Gegenstand des Vertrags, d. h. die Abschließung des stipulirten Geschäftes zu erzwingen. Das stellt sich aber nicht bei der stipulatio de

---

40) c. 3. C. de rerum permutat. Impp. Diocletianus et Maximianus. Ex placito permutationis nulla re secuta, constat nemini actionem competere: nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.

41) L. 68. D. de V. O. Paulus libro II. ad Edictum. Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quodsi ita stipulatus fuero, *Pecuniam te mihi crediturum spondes?* incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest. — cf. §. ult. I. de V. O.

pacto ineundo als ein eigenthümlicher Grundsatz dar, sondern war allen Stipulationen, die auf eine Handlung gerichtet waren, gemein [42]), und erklärt sich aus dem Grundsatz, den das römische Recht stets fest gehalten hat, daß ein Thun und Leisten nicht erzwungen werden konnte, sondern jede obligatio in faciendo, welche gerichtlich anhängig gemacht wurde, sich in eine Condemnation auf das Geldinteresse auflöste [43]). Diesen Grundsatz hat das französische Recht beibehalten [44]), während der deutsche Prozeß die versprochene Handlung oder Leistung unmittelbar zu erzwingen sucht, und "nach den Regeln der Zweckmäßigkeit" alle möglichen Mittel gestattet, um zu diesem Zwecke zu gelangen. Weigert sich der Schuldner aber beharrlich,

---

42) §. ult. I. cit. — L. 137. §. 7. D. de V. O

43) L. 13. §. 1. D. de re jud. — Vgl. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses. Abth. 1. Band 1. S. 338. — Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts. Band 3. §. 153. — Recht deutlich tritt dieser Grundsatz des römischen Rechts bei der actio mandati directa hervor. Sie wird angestellt, wenn das Mandat nicht vollzogen wird, (L. 5. §. 1. — L. 8. §. 2. — L. 22. §. 11. D. mandati. — §. 11. I. eodem) und wenn der Mandatar die Vollziehung ohne Ursache verweigert, so ist er in dolo; L. 44. D. eodem; dennoch kann der Mandans doch nur sein Interesse einklagen, und den Mandatar nicht zur Ausführung des übernommenen Geschäftes zwingen; L. 27. §. 2. D. eodem. — c. 11. C. eodem: so daß, wenn der Mandans kein Interesse daran hat, daß sein Auftrag vollführt werde, ihm die Klage abgeht (L. 8. § 6. D. eodem); wobei es jedoch nicht darauf ankommt, ob er das Interesse seiner eigenen Person wegen oder in Folge seines Verhältnisses zu einer andern hat. L. 6. §. 4. 5. D. eodem. vgl. L. 28. D. de negotiis gestis und Cujacius, observatt. XVII. 29. in opp. edit. Paris. tom. V. p. 434.

44) *Code civ. art.* 1142. Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages — intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

seine Obliegenheit zu erfüllen, und ist die Commissivhandlung auch nicht auf eine andere Weise und durch andere zu ersetzen, so tritt endlich doch wieder eine Condemnation auf das Geldinteresse ein [45]. Wo die Quelle dieses Verfahrens, welches eine unverhältnißmäßige und sehr gefährliche Machtvollkommenheit in die Hand des Richters legt, zu suchen ist, kann zweifelhaft seyn. Das älteste deutsche Recht kennt, als Regel, keine andere Execution, als die in das Vermögen [46]; denn die Schuldknechtschaft trat nur als Ersatz des fehlenden Vermögens ein, und die Vorschriften über das Verfahren gegen denjenigen, welcher sich dem Gericht ungehorsam zeigt, muß aus dem Gesichtspunkte der Strafe, und nicht der Execution betrachtet werden, und zwar so, daß die Strafe auch nicht als ein Mittel für die Hülfsvollstreckung erscheint [47]. Auch die Verfestung und Acht des späteren Mittelalters haben keine andere Bedeutung; doch kommen um diese Zeit schon einzelne Spuren vor von der unmittelbaren Erzwingung der versprochenen Handlung oder Leistung durch die Amtsgewalt des Richters: nach dem kleinen Kaiserrecht [48] soll eine versprochene Ehe so erzwungen werden, wenn der Beischlaf hinzugekommen ist, und eine hessische Gerichtsordnung von 1455 [49] schreibt als Executionsmittel die per-

---

45) S. Martin, Lehrbuch des gemeinen ordentlichen Civilprozesses. §. 273. 10te Ausg. — Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilpr. S. 542. — Linde, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilpr. §. 375. 2te Ausg.

46) L. sal. (e cod. fuld.) tit. 53. 59. 2. — L. Ripuar. tit. 51. — L. Long. Rotharis. 249. 250.

47) L. sal. tit. 56. 59. 1. — L. Ripuar. tit. 52. — L. Long. Liutprand. IV. 10.

48) Kl. Kaiserr. II. 83. 86.

49) Bei Senckenberg corpus j. g. pars II. Nr. IX., wo

sönliche Haft des Schuldners statt der gewöhnlichen Pfändung vor, und dieß ganz allgemein, ohne, wie es scheint, einen Unterschied zwischen einer Geldschuld oder einer anderen zu machen. Mehr noch mag die Praxis der geistlichen Gerichte dazu beigetragen haben, um die Ansicht von der absoluten Erzwingbarkeit jeder Obligation zu verbreiten und in das gemeine Recht einzuführen. Da aber auch hier, wenn man die Zwangsmittel nicht bis ins Unsinnige steigern will, der letzte Haltpunkt immer die Condemnation auf das Interesse bleibt, so ist die Sache dadurch dem Effect nach eigentlich nicht viel weiter gebracht. Dazu kommt, daß eine Strafberedung nach römischer Sitte jetzt doch nicht eben sehr gebräuchlich ist, und uns so ein Mittel abgeht, welches sich auch, nur in anderer Art, im älteren deutschen Rechte findet, ich meine das Gelübde bei Treuen oder Ehren (s. oben Note 27.), welches die Erfüllung einer Obligation auch ohne nachweisbares Interesse sicherte.

So ist also nun die Vertragsberedung **äußerlich** gestellt: dem Princip nach erzwingbar, wenn auch häufig schwer zu vollstrecken. Für ihre **innere** Beschaffenheit müssen alle Erfordernisse in Anspruch genommen werden, welche für die Verträge im Allgemeinen gelten. Also vor Allem Gewißheit und Bestimmtheit des Consenses; nicht weniger Bestimmtheit des Gegenstandes, d. h. es genügt nicht, daß der künftig abzuschließende Vertrag nur überhaupt bezeichnet worden ist, sondern er muß so bestimmt

---

es pag. 143. so lautet: Item wan eyne parthie die ander also in werntlichen sachen mit rechte erwynnet, wolte dann die erwonnen parthie sich darnach nicht richten und bezalung thun, so sal man den ader die hene setzen in kasten oder ander hefften alt das auch bie unsern aldern herkomen und gehalten ist worden, so lange bis das sie solichs darumb sie hene gesatzt sin, ußgericht und bezalt han.

abgeredet seyn, daß die Klage auf Vollziehung ihn in allen wesentlichen Punkten fest stellen kann. Was wäre das z. B. für ein Vertrag, wenn einer dem andern so ganz im Allgemeinen verspräche, ihm sein Landgut verkaufen zu wollen? Freilich wird die größere Bestimmtheit des vorangehenden Vertrags ihm unter Umständen leicht den Anschein des beabsichtigten Hauptgeschäftes selbst geben, da ja auch dieses jetzt regelmäßig formlos seyn kann; aber wie unser Recht einmal geworden ist, so läßt sich dagegen kein anderes Mittel angeben, als daß der Richter sich mit doppelter Vorsicht und Besonnenheit benehme. Das österreichische Gesetzbuch hat hier das ganze Verhältniß auf eine sehr verständige Weise fest gestellt und beschränkt [50]).

Ich wende mich jetzt zur Erörterung dieser Geschäfte in besonderer Beziehung zu der Lehre von den Erbverträgen. Daß nun ein Unterschied ist zwischen dem Versprechen, jemanden zum Erben machen oder auf ein Erbrecht verzichten zu wollen, von dem Erbvertrage selbst, wodurch dieses wirklich geschieht, ist eben nicht schwer einzusehen, und auch schon von manchen älteren Juristen erkannt wor-

50) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. §. 936. "Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder andern Theiles verloren wird. Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpuncte gedrungen werden; widrigen Falls ist das Recht erloschen." — Die Aufnahme der alten Clausel: Rebus sic stantibus in das Gesetzbuch für diesen Fall ist nur zu billigen.

den [51]), während andere freilich die erwähnten Verhältnisse nicht genau aus einander zu halten wußten [52]). Jedoch kommen dabei manche Fragen zur Sprache, welche eine etwas umständlichere Erörterung nicht überflüssig machen, obgleich Hasse auch hier bedeutend aufgeräumt hat [53]). Uebrigens muß die Beredung über einen Erbeinsetzungsvertrag von dem über einen Erbverzicht getrennt werden, weil für beide nicht ganz dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen können; von dem zuerst genannten Geschäfte scheide ich aber hier vorläufig den Fall ganz aus, wenn jemand einem andern versprochen hat, ihn zum Testamentserben zu machen, indem die Frage über die rechtliche Möglichkeit eines solchen Versprechens, welches ja eigentlich auch keine Vertragsberedung ist, später an dem Orte angemessener behandelt wird, wo es im Allgemeinen zur Untersuchung kommt, in wie fern die Testirfreiheit und namentlich das Testament selbst dem Vertrage unterworfen werden kann.

Der Unterschied zwischen dem Erbeinsetzungsvertrag und dem Vertrage, wodurch seine Abschließung bedungen wird, zeigt sich nun leicht, wenn man, wie es oben geschehen ist, mit Hasse annimmt, daß jener ein Erbrecht begründet, und keine eigentliche Obligation, was dieser unzweifelhaft thut. Fragt man dann weiter nach der Gültigkeit einer

---

51) Baldus ad L. Cum Arthemidoram. 4. C. ut in possess. legat. — J. Mynsinger a Frundeck responsa jur. resp. 10. 50. — Consilia Marpurgensia vol. 10. cons. 30. Francof. 1631. fol. — A. G. Ertel, observationes illustres juridico-equestres. II. obs. 4. Augsburg 1722. 4.

52) S. z. B. B. Carpzov, responsa juris electoral. lib. V. tit. 1. resp. 4. Lipsiae 1642. fol.

53) Im rhein. Museum für Jurisprudenz II. 2. S. 201 ff.

solchen Vertragsberedung, so versteht es sich von selbst, daß hier zunächst alle die Beschränkungen angenommen werden müssen, welche vorher ganz im Allgemeinen für ein solches Geschäft aufgestellt worden sind. Deswegen wird ein Versprechen, jemanden zu seinem Erben zu machen, mit ihm einen Erbeinsetzungsvertrag zu schließen, welches ohne alle nähere Bestimmung gegeben ist, noch nicht für bindend zu halten seyn, auch wenn der Consensus äußerlich unzweifelhaft wäre; denn es fehlt noch die gehörige Bezeichnung des Gegenstandes. Was heißt das, jemanden zu seinem Erben machen? etwa zum alleinigen? oder zum tausendsten Theile? und unter welchen Bedingungen und Lasten? Das Schwankende des ganzen Verhältnisses schließt in diesem Fall einen Vertrag mit juristischer Wirkung aus. Aber wenn nun Alles vollständig beredet und das Hauptgeschäft in allen wesentlichen Punkten genau angegeben worden ist, so daß zur vollen Wirksamkeit desselben nur noch die versprochene definitive Abschließung fehlt, darf dann an der Gültigkeit und Klagbarkeit der Vertragsberedung noch gezweifelt werden? Hasse a. a. O. S. 209 ff. leugnet sie unbedingt, und zwar deswegen, weil, wenn man auch die Gültigkeit des Erbeinsetzungsvertrags gegen das römische Recht zugeben müßte, daraus noch kein Schluß auf das Versprechen, einen solchen eingehen zu wollen, gemacht werden dürfe. Denn beide Geschäfte seyen im Grunde wesentlich verschieden, das römische Recht gelte aber noch als Regel über die Beerbung, und wenn jene Vertragsberedung auch gegen dessen Verbot an für rechtsbeständig gehalten werden solle, so müsse man dafür ein ebenso entschiedenes Gewohnheitsrecht nachweisen können, wie für den Erbeinsetzungsvertrag selbst. — Diese Deduction scheint mir aber nicht richtig. Räumt man einmal dem Erbein=

setzungsvertrag einen selbständigen Platz im heutigen Recht ein, und hält man auch die Vertragsberedung im Allgemeinen für statthaft und rechtsgültig; so läßt sich scheint es gegen die Verbindung beider Institute wenigstens von dieser Seite nichts Erhebliches einwenden. Denn wenn der Erbeinsetzungsvertrag nach heutigem Recht möglich und erlaubt ist, so muß er auch den Gegenstand einer Vertragsberedung ausmachen können, weil sich hier eben der Gegenstand als das einzige Hinderniß darstellt, auf den ja aber das römische Recht keinen Einfluß mehr ausübt. Doch lassen sich für das Resultat, zu welchem Hasse gekommen ist, noch manche Gründe beibringen, die aber auch nicht durchschlagen.

Zuerst muß auf den Umstand aufmerksam gemacht werden, daß die Erfüllung einer Vertragsberedung eine persönliche Leistung ist. Denken wir uns nun die gewöhnlichen Executionsmittel des deutschen Prozesses gegen den Promittenten, der die Erfüllung einer solchen Obligation verweigert, unzulänglich und erschöpft, so muß doch zuletzt zur Schätzung des Interesse und zur Condemnation darauf geschritten werden. Nun läßt sich ein Erbrecht aber erst nach dem Tode des Erblassers taxiren; vorher ist es allen Veränderungen, welche das Leben und das Geschick mit sich bringen, ausgesetzt und daher von einem schwankenden und unbestimmbaren Werthe, so daß bei der Schätzung jeder nur einigermaaßen sichere Anhalt fehlt, sowohl für den Richter als auch für die Partei selbst, wenn sie in litem schwören soll. Der Erbe des Erblassers kann aber unmöglich von demjenigen, welcher sein Recht aus der Vertragsberedung ableitet, in Anspruch genommen werden, falls der Promittent sie nicht selbst erfüllt hat. Denn der Vertrag bezog sich ja eben auf die Beerbung des Letzteren,

über welche als eine höchstpersönliche Sache nur er disponiren konnte; für den Erben fällt der Gegenstand der ganzen Obligation weg, und also auch dessen Aequivalent, das Interesse. Auch ist die Ausführung des ganzen Vertrags dadurch unmöglich geworden, daß wirklich ein anderer Erbe eingetreten ist; der Erblasser hätte dieß verhindern können, er hat es aber nicht gethan, und so kann es auch nicht mehr geschehen. Denn hier ein Fideicommiß in das Verhältniß hinein zu interpretiren, dazu fehlen, betrachten wir die Sache von einem allgemeinen Standpunkte, die nöthigen Gründe. — Ich glaube daher auch annehmen zu müssen, daß wenn der Erblasser nicht selbst die Vertragsberedung vollzogen hat, sein Erbe dazu nicht mehr verpflichtet ist; aber ihn selbst befreien die angeführten Gründe nicht. Denn theils macht die Schwierigkeit der Execution, wenn sie nur nicht an sich unmöglich ist, ein Rechtsverhältniß nicht ungültig; theils kann der Berechtigte sich ja immerhin noch durch eine Strafberedung für die Erlangung seines Rechtes sichern, und in diesem Fall würde auch der Erbe seines Promittenten gebunden seyn.

Aber es ließe sich noch von einer andern Seite gegen die Statthaftigkeit der Vertragsberedung in diesem Fall eine Einwendung hernehmen; man könnte nämlich fragen, ob es auch unseren Sitten und Ansichten entsprechend sey, daß jemand soll gezwungen werden können, sich selbst einen Erben zu ernennen? Darauf werden Viele antworten: Ein Mann ein Wort; was er versprochen hat, muß er halten. Aber hier kommen doch manche besondere Umstände zur Erwägung. Selbst diejenigen, welche sich für die Zulässigkeit einer Zwangsehe erklären, pflegen anzunehmen, daß sie nur geschlossen werden müsse, um dadurch einen besonderen Zweck zu erreichen, und dann sogleich wieder aufzu-

lösen sey, weil ihre Fortdauer die Ehe profanire (wie mir freilich scheint, thut das auch die Anwendung der Ehe zur Erreichung eines doch immerhin außer ihr liegenden Zweckes). Nun wäre eine solche Wiederauflösung der einmal erzwungenen Erbeseinsetzung widersinnig, und doch liegt etwas Aehnliches in dem Fall, wenn jemandem ein Erbe oder eine Ehegenossin aufgedrungen werden soll. Ich möchte sagen, noch jetzt hat der Erbe gewissermaaßen die sacra privata seines Erblassers zu hüten: denn es wird ihm ja das Geheimniß seines ganzen bürgerlichen Verkehrs aufgeschlossen, und so manche Angelegenheit der Ehre und Liebe in seine Hand gelegt, daß es wirklich sehr hart und unnatürlich erscheint, wenn jemand gezwungen wird, einen andern, der ihm gleichgültig, vielleicht verhaßt geworden ist, zu seinem Erben zu machen, und so die Fortsetzung seiner rechtlichen Persönlichkeit auf ihn zu übertragen, jedenfalls aber ihm sein Vermögen zu hinterlassen. Dazu kommt, daß, wie ich im ersten Theile dieser Schrift (S. 133 - 137.) nachzuweisen gesucht habe, die Verabredung, welche der Vollziehung der Auflassung bei der Vergabung von Todes wegen vorherging, nicht für bindend, sondern dem Widerruf unterworfen angesehen wurde; diese vorläufige Uebereinkunft stand aber zur Vergabung durch Auflassung, wie jetzt die Vertragsberedung zum Erbeinsetzungsvertrage. Es könnte daher erlaubt scheinen, zur Unterstützung des vorher Bemerkten einen Schluß von dem früheren Geschäfte auf das spätere zu machen, da zwischen beiden eine gewisse Verwandtschaft doch nicht zu leugnen ist. — Allein auch diese Gründe können mich nicht bewegen, von der Klagbarkeit der Vertragsberedung in unserm Fall abzugehen. Ich meine auch, die früher aufgestellten Beschränkungen schützen so ziemlich vor dem Mißbrauche dieses Instituts; was

sonst noch dagegen angeführt werden kann, trifft den Erbeinsetzungsvertrag im Allgemeinen eben so gut, als die voraufgegangene Beredung, wie ich denn auch keinen Augenblick zweifle, daß das römische Testament mit seiner voluntas ambulatoria und die deutsche Vergabung unter dem Vorbehalt des Aufrufs ihren Zweck besser erfüllten, als der deutsche Erbvertrag, wenn er als gemeingültiges Geschäft auftritt, und nicht auf besondere Fälle und Verhältnisse beschränkt bleibt. Aber das Institut ist nun einmal seinem Princip nach in die deutsche Jurisprudenz aufgenommen, und so kann sie auch nicht umhin, die daraus hergeleiteten Folgerungen anzuerkennen, vorzüglich wenn sie mit den andern Grundsätzen des gemeinen Rechts, welche hier in Betracht kommen, übereinstimmen. Die alte Vergabung und der heutige Erbeinsetzungsvertrag sind aber, ungeachtet ihrer ähnlichen Bestimmung und eines gewissen historischen Zusammenhangs, doch so wesentlich verschiedene Institute, daß die Berufung von dem einen auf das andere wohl zur geschichtlichen Uebersicht und zur Erklärung mancher besondern Erscheinungen nothwendig wird, niemals aber dazu dienen darf, um Grundsätze für die unmittelbare Anwendung zu erlangen.

Demnach kann man nicht umhin, die Vertragsberedung bei dem Erbeinsetzungsvertrage für möglich und wirksam zu erklären; es ist jetzt noch ihre Stellung zum Erbverzicht zu untersuchen, wobei ich mich aber kürzer fassen kann, weil das Allgemeine von dieser Lehre schon vorweg genommen ist. Der Erbverzicht hat seine eigene Geschichte im deutschen Recht, und bietet daher auch für seine rechtliche Beurtheilung ganz andere Momente dar, als es bei dem Erbeinsetzungsvertrage der Fall ist; namentlich kommen dabei schon früh Vertragsberedungen vor, in der Sprache

5*

der gelehrten Juristen pacta de renunciando genannt. Sie beschränken sich jedoch fast allein auf Ehestiftungen, wo sie indessen nicht eben selten gefunden werden [54]). Dies erklärt sich aus dem besonders häufigen Gebrauch, die adlichen Töchter, und zwar bei ihrer Verheirathung auf ihr Erbrecht in der väterlichen Familie verzichten zu lassen; derselbe Umstand ist aber auch von Wichtigkeit für die rechtliche Beurtheilung solcher Fälle. Denn die Vertragsberedung hatte hier keine selbständige Bedeutung, so daß man ohne Rücksicht auf andere Verhältnisse ihre Kraft und Gültigkeit untersuchen könnte; sondern sie stellte sich nur als integrirenden Theil eines umfassenderen Geschäftes dar, der Ehestiftung selbst, mit der sie stand und fiel. Bei einer solchen Eheberedung aber traten, namentlich unter dem Adel, die einzelnen Contrahenten fast ganz zurück, indem das Geschäft mehr die Gestalt von Familienverträgen hatte, und wenigstens die jungen Brautleute erschienen regelmäßig in einer sehr untergeordneten Stellung, so daß man sich nicht wundern muß, wenn zuweilen selbst ohne ihr Zuthun über ihre Verzichte paciscirt ward [55]).

---

54) S. v. Neurath von der Regredienterbschaft. S. 59. 77. 87. 88. Gießen 1807.

55) So bereden sich laut einer Urkunde von 1353 bei Günther, cod. dipl. rheno-mosell. III. 2. No. 405. der Graf von Nuwenare und der Herr von Saffenberg über die künftige Ehe ihrer Kinder, die noch nicht zu ihren Tagen gekommen sind. Wie ernstlich diese Beredung gemeint war, sieht man daraus, daß beide Väter sie gegenseitig beschworen, sich Briefe darum gegeben, und diese durch namhafte Zeugen haben besiegeln lassen. Man sieht, ein Verhältniß, wie es noch jetzt in den regierenden Häusern vorkommt; und auch der Bruch des Versprechens hatte eher Fehde und Feindschaft der Familien, als eine Klage zur Folge. — In einer Urkunde von 1449 bei Guden, cod. dipl. II. p. 1312. heißt es: "Ouch sollen wir —

Wegen dieser besonderen Verhältnisse, welche bei den Ehepacten und namentlich bei denen des Adels vorkamen, erscheint es bedenklich, von den Vertragsberedungen dieser Art auf andere zu schließen, und ihre unbedingte Gültigkeit beim Erbverzicht zu behaupten. Nach den oben behandelten Grundsätzen über die Klagbarkeit der Verträge im ältern Rechte wird ohne das Hinzutreten eines Gelübdes bei Treuen und dgl. ein solches Versprechen in der Regel nicht für rechtlich bindend angesehen worden seyn, zum Theil auch deswegen, weil die Executionsmittel des älteren Rechts zur Erzwingung desselben nicht ausreichten. Doch wird sich alles dies später erst recht deutlich herausstellen, wenn von dem Erbverzicht besonders die Rede seyn wird. — Auch die älteren Juristen behandeln meines Wissens nur den in Ehepacten versprochenen Erbverzicht, sind hier aber nicht abgeneigt, ihn aufrecht zu erhalten, was sie denn aus allgemeineren Gründen herzuleiten suchen; so Mynsinger[56]) und Herrmann Vultejus[57]), die freilich beide in ihrer Deduction nicht sehr glücklich sind.

Was nun die Stellung des pactum de renunciando, oder, wenn man will, der Erbverzichtsberedung im heutigen Rechte angeht, so hält Hasse[58]) sie für ungültig, weil sie dem römischen Rechte zuwider sey, dem nur durch

---

unser eliche Dochter Agnese mit gereidem Gelde — uß bestaden; und damid soll ouch Agnes verzichlich sin und verzich dun uff alle unse Guede" ꝛc. — In einer Eheberedung von 1272 eodem I. p. 740. drückt sich der Vater des Bräutigams vorsichtiger aus: Ceteros filios meos, quos habeo vel habere me contigerit, omni fraude et dolo exclusus ad hoc inducere laborabo, ut predictis bonis renuncient sicut major.

56) J. Mynsinger, responsa jur. resp. 50.

57) Consilia Marpurgensia vol. IV. cons. 30.

58) Im rhein. Museum II. 2. S. 210.

ein bestimmt Entgegengesetztes derogirt werden könne; außerdem aber sey das Versprechen sine effectu, weil, wenn es dem Erblasser gegeben, dieser aus mangelndem Interesse nicht darauf klagen könne; wenn einem anderen, so liege ein Vertrag über die Erbschaft eines Dritten vor, und gehöre somit nicht hierher. Den ersten Grund halte ich nun so wenig in diesem Fall für statthaft, wie oben bei dem Erbeinsetzungsvertrag, und zwar aus den dort angeführten Gründen; der zweite aber, das Geschäft sey sine effectu, verdient allerdings eine aufmerksame Erwägung. Denn wenn das Versprechen, auf eine Erbschaft verzichten zu wollen, einem andern als dem Erblasser gegeben worden ist, so liegt allerdings ein Vertrag über die Erbschaft eines Dritten vor, welcher seinen besonderen Grundsätzen unterworfen ist. Wie aber, wenn dem Erblasser selbst das Versprechen gegeben ist? kann er dann auf Vollziehung klagen? und darf ein Dritter, zu dessen Besten der Verzicht ausbedungen worden ist, ein Recht aus dem Vertrage für sich in Anspruch nehmen? die Beantwortung dieser Fragen hängt davon ab, ob man noch die strengen Grundsätze des römischen Rechts über den Erwerb von Forderungsrechten durch dritte Personen für wirksam halten, oder für das heutige Recht eine Beschränkung derselben zulassen muß. Ist jenes der Fall, so hat Hasse Recht, wenn er dem Paciscenten wegen mangelnden Interesses eine Klage verweigert, wobei nur durch eine hinzugefügte Strafberedung eine Aenderung eintreten kann; und auch dem Dritten muß jedes Recht aus dem Vertrage versagt werden. Ob das sich nun so verhält, oder ob hier eine Modification des römischen Rechts eintritt, und welche, — darüber gebe ich hier noch keine Entscheidung, sondern verweise auf die sogleich folgende allgemeine Erörterung des Präjudicial-

punktes; nur will ich sogleich bemerken, daß derjenige, welcher, wenn der Verzicht wirklich geschehen, Erbe geworden wäre, als solcher, kein Recht aus der Vertragsberedung in Anspruch nehmen kann. Denn dazu bedürfte er einer Qualität, welche er erst durch die Berufung auf jenes Geschäft erlangen will, so daß ihm der Erbe, welcher ungeachtet seines Versprechens, zu verzichten, nicht verzichtet hat, die fehlende Sachlegitimation entgegensetzen könnte.

III. Die Grundsätze des römischen Rechts über den Erwerb von Forderungsrechten aus den Verträgen dritter Personen, welche man früher auf sehr verschiedene Weise auffaßte, sind jetzt besonders durch Mühlenbruch's Untersuchungen [59]), auf die ich hier wegen alles Einzelnen verweise, festgestellt worden, und es kann als ausgemacht angesehen werden,

1) daß in der Regel ein durch freie Stellvertreter direct auf den Namen eines Dritten gestellter Vertrag unwirksam ist;

2) das Interesse des Paciscenten aber, sey es ein ursprüngliches oder erst durch eine Strafberedung geschaffen, giebt ihm eine Klage darauf, daß dem Dritten der Vertrag erfüllt werde. Diese Ausnahme erklärt scheint es die gegenüberstehende Regel, daß der direct für einen Dritten geschlossene Vertrag unwirksam ist, — in Beziehung auf den Paciscenten; denn da die Römer in privatrechtlichen Verhältnissen nur eine Execution gegen das Vermögen kannten, so mußte jede Klage angebrachter Maaßen abgewiesen werden, deren Gegenstand sich nicht möglicher Weise in ein Geldinteresse auflösen ließ. War der Vertrag nun zum

---

59) C. F. Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 9-11. §. 15. Greifswalde 1836. 3te Aufl.

Besten eines Dritten geschlossen worden, so fehlte regelmäßig ein solches Interesse auf Seiten des Contrahenten und da dieß in dem ganzen Rechtsverhältniß, und nicht in einem besonderen Umstand begründet war, so konnte man ihm auch im Allgemeinen eine Klage absprechen. Hatte er aber wirklich ein Interesse an der Leistung aus dem Vertrage, welches auch die Strafberedung schaffen konnte; so fiel der Grund weg, ihm eine Klage zu versagen, und von dieser Seite betrachtet, hatte dann das Geschäft seine volle Wirksamkeit. (Vergl. oben Note 40-42). Deswegen habe ich auch vorher gesagt, das Geschäft ist regelmäßig unwirksam, nicht aber: es ist ungültig; denn wäre es dieses, so könnte es durch das Interesse der Paciscenten keinen Bestand erhalten.

3) Anders verhält es sich mit Rücksicht auf den Dritten, für welchen der Vertrag geschlossen ist: dieser hat regelmäßig und auch im letzten Fall keine Klage, und das Geschäft bekommt für ihn nur einen Effect, durch das Recht und die Klage der Paciscenten. Dieß läßt sich nicht aus dem vorher erwähnten Verhältniß erklären, sondern beruht auf dem eigenthümlichen Grundsatz des römischen Rechts, daß eine freie Person einer andern direct keine Obligation erwerben könne. Doch giebt es hier einige Ausnahmen, nach welchen dem Dritten eine actio utilis aus dem ihm fremden Vertrage zugestanden wird; sein Recht erscheint dabei freilich als ein abgeleitetes, aber die Klage ist ihm doch dabei insofern unmittelbar aus dem Gesetz gegeben, daß es für ihre Statthaftigkeit nicht darauf ankömmt, ob der Hauptcontrahent ein Interesse an der Erfüllung hat oder nicht [60]).

---

60) Das geht aus den Gesetzen, welche die Ausnahmen enthalten, besonders deutlich aber aus c. 3. C. de donat. sub modo hervor.

Diese strengen Bestimmungen des römischen Rechts über den Erwerb von Rechten aus fremden Verträgen sind von den Juristen, welche sich überhaupt gegen die volle Geltung des römischen Obligationenrechts auflehnten, mit Eifer bekämpft worden, indem sie theils das Fortbestehen derselben im neueren römischen Rechte selbst in Abrede stellten, theils die Grundsätze entgegen setzten, welche sie im natürlichen und einheimischen Rechte über jene Verhältnisse zu finden glaubten [61]). Dabei kommen denn fast alle die Verhältnisse wieder zur Sprache, welche oben bei Gelegenheit des unförmlichen Versprechens und der Vertragsberedung abgehandelt worden sind. Denn ein directer Beweis aus dem älteren deutschen Rechte, daß ein jeder Vertrag zu Gunsten eines Dritten gültig und für diesen klagbar gewesen sey, läßt sich, wenigstens so weit ich die Quellen übersehe, nicht führen. Man muß freilich zugeben, daß wo überhaupt der Erwerb eines Rechtes aus dem Vertrage eines Dritten gestattet war, von der Nothwendigkeit einer Cession oder actio utilis nichts vorkam; aber dadurch ist der Zweifel noch nicht gelöst, ob und in wie weit ein solches Geschäft zu Gunsten eines Dritten allgemein gestattet und gebräuchlich war. Es lassen sich freilich manche einzelne Beispiele dafür anführen, aber doch nicht in solcher Mannigfaltigkeit und Bestimmtheit, daß aus ihnen

---

61) S. J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. tom. II. exerc. 28. (De jure ex pacto tertii quaesito.) Die ältere Literatur über diesen Streit findet man verzeichnet bei Böhmer a. a. O. cap. 2. §. 4. und bei Pufendorf, observtt. jur. II. obs. 38. §. 19. Unter den Neueren kommen denn noch als Gegner der römischen Auffassung vor: Struben rechtl. Bedenken I. 65. — A. D. Weber, systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 89 a. 5te Ausgabe. Leipzig 1825. — Glück, Pandecten-Commentar. Theil IV. S. 564. und XXV. S. 372.

ein Princip mit Sicherheit deducirt werden könnte, welches zugleich eine solche Kraft und Bedeutung gehabt hätte, um dem Andrang des römischen Rechts zu widerstehen, und ihm noch jetzt entgegen gehalten werden dürfte. Die Berufung auf die Grundsätze des natürlichen Rechts reicht aber auch nicht hin, um zu einem solchen Resultate zu gelangen; denn es fragt sich noch, in wiefern es demselben angemessen ist, einen unbeschränkten Erwerb durch dritte Personen anzunehmen: und wenn man das auch thun müßte, so würde ein solches Princip doch der Wirksamkeit des positiven Rechts, welches sich einmal geltend gemacht hat, keinen Einhalt thun können [62]).

Haben aber auch die älteren Juristen ihre vom römischen Recht abweichende Ansicht in dieser Lehre nicht so belegt, daß man sie für wohlbegründet halten dürfte; so bleibt doch noch immer zu untersuchen, ob ihr Ansehn nicht einen solchen Einfluß auf die Praxis und Doctrin ausgeübt hat, daß sie, unterstützt von der Volksansicht, der jedenfalls die römische Strenge in dieser Lehre nicht geläufig war, sich für das heutige Recht als eine recipirte Opinion darstellt. Wäre das der Fall, so würde es ihrer Gültigkeit nicht im Wege stehen, daß ihr die quellenmäßige Begründung abgeht; denn das Juristenrecht ist selbst eine gesetzlich anerkannte Quelle, welche bei uns, wo sie fast das einzige Organ einer zeitgemäßen Rechtsentwickelung geworden ist, nicht ohne große Gefahr und Verleugnung der Thatsachen angezweifelt werden kann. Sehen wir uns nun unter den angesehensten Juristen nach einer Entscheidung in dieser Sache um, so nimmt Thibaut a. a. O.

62) Vgl. Thibaut, System des Pandekten-Rechts. §. 463. 8te Ausgabe.

auf eine abweichende Praxis keine Rücksicht, Mühlenbruch[63]) hingegen scheint sie anzuerkennen, und Eichhorn[64]) äußert sich nicht bestimmt darüber, indem er nur behauptet, daß auch das deutsche Recht die Verträge zu Gunsten eines Dritten nicht allgemein als gültig anerkennt. Unter den älteren Juristen haben sich jedoch die einflußreichsten Practiker für die Geltung solcher Geschäfte entschieden: Berger, Mevius, Stryk, J. H. Böhmer, Leyser, Strube, wozu denn noch Weber, Glück und andere kommen; zwar sind auch für das römische Recht einige Männer von Bedeutung aufgetreten, aber wie es scheint ohne nachhaltige Einwirkung auf die Praxis. Will man nun aber auch zugeben, daß jetzt das reine römische Recht nicht mehr in Uebung ist (und ich glaube nicht, daß man umhin kann, es zu thun), so fragt sich doch immer noch, in welchem Umfang man davon abweichen darf, wo es denn nicht leicht ist, eine gegen jede Anfechtung sichere Meinung aufzustellen. Indem ich diese ganze Lehre hier nur so weit berühre, als es nothwendig ist, um für meinen besonderen Gegenstand ein Resultat zu gewinnen, so beschränke ich mich darauf, alle andern Streitpunkte bei Seite lassend, folgende Sätze hervorzuheben, die ich nach der Lage, worin diese Lehre sich jetzt befindet, rechtfertigen zu können glaube.

1) Der Vertrag, welcher zu Gunsten eines Dritten

---

63) Die Lehre von der Cession S. 87. Note 185.

64) Einleitung ins deutsche Privatrecht §. 343. Ich glaube aber, daß es Eichhorn schwer werden möchte, die einzelnen Fälle, bei welchen er vom römischen Princip abweicht, zu rechtfertigen, wenn er dieses doch als Regel aufrecht halten will; während sie, als Ausflüsse eines entgegenstehenden Princips aufgefaßt, zu dessen Begründung beitragen.

geschlossen ist, bindet den Promittenten unbedingt, so daß auf Seiten desjenigen, welcher für den Dritten paciscirt hat, nicht die Nachweisung eines besonderen Interesses nöthig ist, um auf Erfüllung klagen zu können. Die Abweichung vom römischen Princip liegt hier darin, daß der Bestand des Geschäftes nicht allein vom Interesse des Contrahenten abhängig gemacht wird, sondern die einmal übernommene Verbindlichkeit als rechtsgültig erscheint, jedoch so, daß nicht der Dritte, sondern derjenige, welcher für ihn contrahirt hat, die Vollziehung derselben in seiner Hand behält, mag er sie nun einklagen oder wieder erlassen wollen. Läßt man einmal das römische Princip fahren, so kann man diese Consequenz nicht abweisen, deren practische Durchführung durch die unmittelbare Erzwingung eines Versprechens im heutigen Executionsverfahren möglich gemacht wird.

2) Der Dritte erwirbt erst dann ein selbständiges Recht und eine Klage aus dem Vertrag,

a) wenn er demselben beigetreten ist. Man streitet sich darüber, von welchem Zeitpunkte an dem Dritten sein Recht fest wird, so daß er es selbst geltend machen, und durch den Rücktritt der Contrahenten, etwa durch den Nachlaß desjenigen, welcher für ihn contrahirt hat, nicht mehr verlieren kann. Die Ausnahmsfälle des römischen Rechts, in welchen dem Dritten ein actio utilis gegeben ist, bieten hier keinen Anhalt dar, weil sich dabei eben Alles als Ausnahme darstellt. Nach der einen Stelle [65]) wird es dem Schuldner allerdings frei gestellt, den Pfandgläubiger, welcher ihm bei dem Verkaufe des Pfandes das Wiederein-

65) L. 13. pr. D. de pigneratitia act. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 96 ff.

lösungsrecht ausbedungen hat, zur Abtretung seiner Klage zu zwingen, oder direct gegen den Käufer zu klagen; es scheint also sein Recht unabhängig von dem Willen der Contrahenten gedacht zu seyn. Dagegen wird bei der donatio sub modo die Klage des durch den Modus Bedachten auf die Absicht des Schenkers zurückgeführt[66]), so daß dessen Willensänderung ein hinreichender Grund für die Aufhebung der Klage scheinen könnte. — Auch unter den Juristen, welche für die Gültigkeit der zum Besten dritter Personen abgeschlossenen Verträge sind, herrscht hier keine Uebereinstimmung. Böhmer[67]) geht so weit, zu behaupten, selbst dann, wenn der Dritte noch auf keine Weise zu dem Geschäfte hinzugetreten sey, stehe doch den Contrahenten der Rücktritt von demselben, auch wenn sie beide wollten, nicht mehr frei; denn der Dritte habe sogleich aus dem Vertrage ein jus quaesitum erworben, zwar nur eventualiter, aber doch so, daß der definitive Erwerb allein von seiner Acceptation abhänge. Allein diese Ansicht, welche auf einem verkehrten Begriff von dem jus quaesitum beruht, hat weiter keinen Beifall gefunden: man ist vielmehr dabei stehen geblieben, daß der Dritte aus dem fremden Vertrage im Allgemeinen nur dann ein gesichertes Recht und eine Klage habe, wenn er seinen Beitritt zu dem Geschäfte ausdrücklich erklärte[68]). Es liegt aber in der Natur der Sache, daß dieß nur dann geschehen kann, wenn der Hauptcontract noch besteht, und die Contrahenten den

---

66) c. 3. C. de donat. sub modo. — "utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere" —.

67) Exercitt. ad pand. II. exerc. 28. cp. 1. §. 6.

68) T. J. Reinhardt, selectae observatt. ad P. Christinaei decisiones vol. I. obs. 53. Erfordiae 1743. fol. — A. D. Weber, Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 89 a.

Beitritt gestatten; denn gegen ihren Willen kann sich der Dritte nicht aufdrängen. So hat auch das preußische Landrecht die Sache festgestellt [69]). Hat sich der Promittent einseitig dem Dritten verpflichtet, ihm das im Hauptcontract bedungene Recht zukommen zu lassen, so haftet er ihm noch besonders aus diesem Vertrage, während umgekehrt das Versprechen des Stipulators, dem Promittenten die übernommene Obliegenheit nicht zu erlassen, den Dritten berechtigt, die Cession der Klage zu fordern, und, wenn doch ein Nachlaßvertrag unter den Hauptparteien geschlossen ist, ihn auf Entschädigung zu belangen.

b) Das Recht des Dritten aus dem ihm ursprünglich fremden Vertrage hängt von dem Willen desjenigen ab, der es zu seinen Gunsten ausbedungen hat, und zwar so, daß dieser vor dem gültigen Beitritt des Dritten den Promittenten wieder von der übernommenen Obliegenheit befreien kann. Hieraus folgt, daß, wenn der Wille des Stipulators dem Widerruf entzogen und unwandelbar geworden ist, das Recht des Dritten sich auch als fest und klagbar darstellen muß. Denn der Vertrag gilt ja von Anfang an, und hängt in seiner Wirksamkeit nicht allein von dem Interesse des Stipulators, sondern von seinem

---

69) Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Th. 1. Tit. 5. §. 74. Auch die Vortheile eines Dritten können der Gegenstand eines Vertrages seyn. — §. 75. Der Dritte selbst erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist. — §. 76. Bis dieser Beitritt erfolgt, kann der zu seinem Vortheile geschlossene Vertrag nach dem Einverständniß der Contrahenten geändert oder gar aufgehoben werden. — §. 77. Ist aber dem Dritten der Antrag zum Beitritt einmal geschehen, so müssen die Contrahenten seine Erklärung über die Annahme abwarten.

Willen ab, so daß ein neuer Umstand eintreten muß, um den Promittenten zu liberiren, und dieß kann nur dadurch geschehen, daß ihm seine Obliegenheit ausdrücklich erlassen wird. Ist dieses nicht mehr möglich, so muß er leisten; und da der einzige Grund, weswegen der einseitige Beitritt und die Klage des Dritten vorher ausgeschlossen wurde, das Remissionsrecht desjenigen war, welcher den Vertrag zu seinen Gunsten geschlossen hat, so ist es nur consequent, nach dem Wegfallen dieses Grundes dem Dritten selbst ein Recht und eine Klage zu geben, welche die Römer allerdings als eine actio utilis würden aufgefaßt haben.

Diese allgemeinen Grundsätze über den Erwerb eines Dritten aus einem fremden Vertrage, welche, wenn man in dieser Lehre einmal eine Abweichung von dem Princip des römischen Rechts annimmt, sich wohl nicht enger fassen lassen, finden nun auch ihre Anwendung auf die Erbverträge. Es darf hierbei aber nicht übersehen werden, daß die Wirkung des Erbeinsetzungsvertrags keine Obligatio, sondern ein Erbrecht ist, und daß sich darnach auch das Recht darstellt, welches der Dritte aus einem solchen Vertrage erwirbt. Weiter darf man aber auch nicht gehen, und namentlich nicht für die Erbverträge eine besondere Begünstigung wegen der hier behandelten Verhältnisse in Anspruch nehmen, obgleich sie bei ihnen vorzugsweise zur Sprache kommen, und eigenthümliche Verhältnisse, wie immer, so auch hier die Anwendung allgemeiner Grundsätze bis auf einen gewissen Grad modificiren können. Eine Beziehung der Bestimmung des römischen Rechts über die donatio sub modo auf die Erbverträge braucht auch nicht weiter abgewehrt zu werden, da es jetzt wenigstens rücksichtlich der allgemeinen Auffassung des Instituts nicht mehr bezweifelt wird, daß ein Erbvertrag keine Schen-

kung ist, und die analoge Ausdehnung eines singulairen Rechtssatzes für unjuristisch gilt. Aber einen andern Haltpunkt könnte man für jene Begünstigung der Erbverträge aus Justinian's Vorschrift hernehmen wollen, daß die für einen Dritten bestellte Hypothek diesem direct erworben seyn soll [70]), indem hier mit dem Erbeinsetzungsvertrag die Aehnlichkeit des Rechtsverhältnisses vorliegt, daß in beiden Fällen etwas anderes durch den Vertrag hervorgerufen wird, als eine bloße Obligatio. Allein es ist schon von andern hinreichend gezeigt worden, mit wie geringer Eleganz der Kaiser hier verfahren ist [71]), so daß sich eine weitere Ausdehnung seiner Bestimmung auf keine Weise rechtfertigen ließe.

Es wird sich später zu wiederholten Malen die Gelegenheit darbieten, die Anwendung der hier aufgestellten Grundsätze auf einzelne Fälle und Institute näher zu erörtern; ich bemerke daher nur noch im Allgemeinen, daß der Umstand, durch welchen die Wirksamkeit des zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Erbvertrags gesichert wird, außer seinem Beitritt zu dem Geschäfte regelmäßig der Tod eines der Hauptcontrahenten ist. Was zuerst den Tod desjenigen betrifft, um dessen Beerbung es sich handelt, so bringt rücksichtlich des Erbeinsetzungsvertrags die Natur des Geschäftes es mit sich, daß, wenn jener mit der gültig ausgesprochenen Absicht gestorben ist, der Dritte solle sein Erbe seyn, dieser es auch werden muß. Denn derjenige, welcher dem Dritten das Erbrecht ausbedang, konnte mit dem andern den Vertrag wohl wieder abändern oder aufheben, aber nach seinem Tode fehlte ihm die Befugniß, über seine Beerbung auch nur negativ zu schalten.

---

70) c. 2. C. per quas personas nobis acquiratur.

71) S. Mühlenbruch a. a. O. S. 107. und 108.

In Beziehung auf den Erbverzicht ist hier wieder zu unterscheiden, wie bei der Vertragsberedung, ob es sich von einem Verzicht auf die Beerbung des Stipulators handelt, oder auf die eines andern. Im letzten Fall liegt ein Vertrag über die Erbschaft eines Dritten vor; im ersten stellt sich der Promittent als derjenige dar, welcher sein Erbrecht aufgiebt, und dies muß mit seinem Tode in Wirksamkeit treten, ist aber für seine Person nur dann von Belang, wenn er den Erblasser überlebt hat, wobei also auch die Wirkung in Anschlag zu bringen ist, welche in unserm Fall der Tod des Stipulators hat. Inwiefern aber durch den Tod des Promittenten das Erbrecht anderer Personen zu Gunsten des Dritten, für den er verzichtete, afficirt wird, kann hier noch nicht erörtert werden, weil es die Erledigung mehrer Vorfragen voraussetzt. — Was nun zweitens die Lage des Dritten betrifft, in welche er durch den Tod des Stipulators versetzt wird, so muß sowohl für den Erbeinsetzungsvertrag, wie für den Erbverzicht, für letzteren jedoch unter den obigen Beschränkungen, angenommen werden, daß ihm dadurch sein Recht gesichert wird, indem hier der vorher unter 2.b. hervorgehobene Umstand eintritt, welcher eine solche Wirkung hat. Denn es widerstrebt den hier vorliegenden Rechtsverhältnissen, die Befugniß, durch einen Nachlaßvertrag mit dem Promittenten dem Dritten sein Recht zu nehmen, auf die Erben des Stipulators übergehen zu lassen.

Die hier entwickelten Grundsätze sind auch von zwei wichtigen Statutarrechten rücksichtlich des Erbeinsetzungsvertrages anerkannt worden, während sie von den Erbverzichten in diesen Falle schweigen. Das preußische Landrecht 72)

72) A. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 646. Uebrigens gelten Erbverträge nur unter den Contrahenten als Verträge; in Ansehung

beruft sich nämlich ausdrücklich auf die allgemeinen Vorschriften über den zum Besten dritter Personen geschlossenen Vertrag (s. oben Note 69). und darnach müssen die allerdings zweifelhaften Worte: "haben sie nur die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen" in der unten abgedruckten Stelle interpretirt werden. Denn wenn dieß soviel heißen sollte, daß auch der Ueberlebende einseitig vom Vertrage zurücktreten darf, so würde es mit dem Inhalt des §. 76. streiten, nach welchem zur Aufhebung oder Abänderung des Vertrags das Einverständniß der Parteien erfordert wird. — Dasselbe schreibt das würtemberger Landrecht [73]) für dergleichen Verträge vor, welche in Ehestiftungen aufgenommen sind. Hommel freilich ist beinahe zu dem entgegengesetzten Resultat gekommen [74]), indem er annimmt, nach dem Tode des einen Ehegatten verliere ein solcher Vertrag alle Wirkung, wenn er nicht als Fideicommiß errichtet sey, oder die Ehegatten nicht ausdrücklich erklärt hätten, daß er auch nach des einen Tode fest bleiben solle. Allein sein Hauptgrund für diese Annahme

---

eines Dritten aber, dem darin etwas zugedacht worden, und der dem Vertrage nicht mit Bewilligung der Hauptcontrahenten ausdrücklich beigetreten ist, haben sie nur die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen. (Tit. V. §. 75. 76. 77.)

73) Würtemberger Landrecht von 1609. Th. 3. Tit. 8. — — Und wann in dergleichen Heuraths-Pacten ihrer der Eheleut Verwandten oder anderen halb Verordnung beschehen, was nämlich denselben nach der paciscirenden Eheleut Todfall von ihrem Gut zufallen solle, mögen dergleichen Gemächt, deren volnziehung erst nach der Eheleut Tod geschehen soll, soviel solche nicht contrahirende Personen betreffen thut, durch die paciscirende Eheleut ihres gefallens wol widerrufft und geändert werden.

74) C. F. Hommel, rhapsodia quaestionum. vol. II. obs. 320. Byruthi 1782-87. 4.

ist, daß man in manchen Stücken so gut von dem wechselseitigen Testament auf den Erbvertrag schließen dürfe, wie umgekehrt von diesem auf jenes. Es hängt dieß mit der unorganischen Vermischung von Erbvertrag und letztwilliger Verfügung zusammen, die namentlich bei dem Erbrecht der Ehegatten so gewöhnlich war; auch Strube[75]) hat sich dadurch zu ähnlichen Unterscheidungen, wie Hommel sie aufgestellt, bewegen lassen.

75) D. G. Struben rechtliche Bedenken I. Nr. 65.

Zweites Kapitel.

Die Erbverträge im römischen Rechte.

§. 3.

Von dem testamentum per aes et libram.

In diesem Kapitel soll untersucht werden, welche Stellung die Erbverträge im römischen Recht eingenommen haben. Ich halte mich dabei strenge an den oben festgestellten Begriff dieses Instituts, und lasse sowohl den Vertrag über die Erbschaft eines Dritten, als auch andere Geschäfte, welche man mit den Erbverträgen hat zusammen bringen wollen, vorläufig ganz außer Acht. Hiervon glaube ich jedoch eine Ausnahme machen zu müssen. Das alte Mancipationstestament ist in neuerer Zeit für einen Erbvertrag ausgegeben worden, und erregt daher, da doch das spätere römische Recht dieses Institut so entschieden verwirft, unsere besondere Aufmerksamkeit; so daß eine nähere Erörterung desselben hier nicht wohl vermieden werden kann. Ich handle daher von diesem Geschäfte zuerst, und lasse dann im nächsten §. folgen, was ich über die Vorschriften des römischen Rechts, die sich unmittelbar auf die Erbverträge beziehen, vorzubringen habe.

Die wichtigste Quelle für das alte testamentum per aes et libram ist Gajus; ich setze daher aus diesem die betreffende Stelle her, und schließe an deren Erklärung die weitere Erörterung des ganzen Institutes an.

Gaj. lib. II. §. 102 - 105.

§. 102. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, idest, patrimonium suum mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram; scilicet quia per mancipationem peragitur. §. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat. namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet. nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur. §. 104. Eaque res ita agitur. qui facit, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V. testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. in qua re his verbis familiae emptor utitur: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam* (mandatelatut(?)am custodelaque mea) *recipio*, *eaque quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam*, *hoc aere*, et ut quidam adjiciunt *aeneaque libra*, *esto mihi empta*. deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco. deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: *Haec ita*, *ut in his tabulis ce-*

risque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote. et hoc dicitur nuncupatio. — — §. 105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emtoris, aut ipsius testatoris, quia propter veteris juris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem: quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, loco heredis erat. itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium.

Zuerst macht Gajus uns mit der Veranlassung bekannt, welche die neue Art des Testaments durch Anwendung der Mancipation hervorgerufen hat: die alten Formen, welche an bestimmte Comitien oder an den Kriegszug geknüpft waren, reichten für den Fall nicht aus, wenn dem Intestatus sich plötzlich der Tod nahte. Theophilus [1]) fügt noch hinzu, es habe für eine üble Vorbedeutung gegolten, bei gesundem Leibe sein Testament zu machen, und Schrader [2]) hat noch einen andern Grund hervorgehoben, der zwar keine ausdrückliche Bestätigung in den Quellen findet, aber doch der innern Wahrscheinlichkeit nicht entbehrt, und durch die Art, wie die XII Tafeln von der Testirfreiheit handeln, unterstützt wird. Er meint nämlich, daß die Plebejer sich durch die neue Testamentsform den Hindernissen, welche ihnen die Patricier bei dem öffentlichen Testamente entgegensetzten, haben entziehen wollen. Freilich führen alle diese Gründe darauf hin, daß die Anwendung der mancipatio, um eine Ueber-

---

1) Theophilus ad §. 1. I. de testam. ordin.

2) Schrader in Hugo's civil. Magazin V. 7. Nr. 2.

tragung des Vermögens auf den Todesfall zu bewirken, nicht durch ein bestimmtes Gesetz eingeführt worden ist, sondern sich im Anfang gewohnheitsrechtlich geltend gemacht hat; aber für diese Annahme scheinen auch alle Umstände und besonders die Analogie zu sprechen. Es lag nicht im Wesen der alten Gesetzgebung, für ein sich zeigendes Bedürfniß sogleich ein neues Gesetz bei der Hand zu haben, welches ja auch in diesem Fall, wenn Schrader's Ansicht richtig ist, nothwendig an dem Widerstande der Patricier scheitern mußte. Hatte sich aber schon eine bestimmte Form in der Uebung ausgebildet, so ist es nicht zu verwundern, wenn diese nun auch in dem neuen Staatsgrundgesetz ausdrücklich anerkannt ward; und so wäre für den Satz der XII Tafeln: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto, eine ganz bestimmte Bedeutung gefunden. Schrader bezieht ihn nämlich bloß auf die Anerkennung des Mancipationstestaments, und nicht auf die beiden öffentlichen Testamente, wofür der Umstand spricht, daß diese eine solche Sanction wohl schwerlich nöthig hatten, und dann noch ein aus der Wortfassung hergenommener Grund, von dem später die Rede seyn wird.

Läßt man aber auf diese Weise das Mancipationstestament ohne ein ausdrückliches Gesetz entstehen, so liegt die Einwendung nahe, daß man dadurch der Privatwillkühr eine übermäßige Macht beilegt, welche fast einem directen Eingriff in die öffentliche Gewalt gleich sieht. Denn eine Abweichung von der Intestaterbfolge kann nur durch ein Gesetz herbeigeführt werden, oder durch ein Geschäft, welches das Gesetz als gültig zu diesem Zweck anerkennt. Dieser Satz wird sich als allgemeiner Grundsatz allenthalben durchführen lassen, und beruht auf dem öffentlichen

Charakter, den das Erbrecht in einer gewissen Beziehung nothwendig in Anspruch nehmen muß; aber auch im älteren römischen Rechte findet er seine besondere Begründung. Wenn man nämlich auch der Ansicht ist, daß nicht jedes Testament, welches calatis comitiis bestellt ward, den förmlichen Beschluß der Versammlung erforderte, und also nicht die Kraft einer Lex hatte; so war es doch jedenfalls nothwendig, daß das Testament vor die Comitien gebracht, und mit deren Zeugniß versehen ward; und auch der Soldat konnte nur in procinctu testiren, wenn er bevorzugt seyn wollte, und nicht anders. Die Frage ist also, wie konnte, wenn das Bedürfniß auch noch so dringend war, die Privatwillkühr es sich herausnehmen, statt der gesetzlichen Form die Mancipation beim Testamente anzuwenden? Diese Frage führt auf eine andere, deren Beantwortung auch für jene die Lösung enthalten wird. Wie stand es nämlich ursprünglich mit der beim testamentum per aes et libram angewandten mancipatio? bediente man sich ihrer nur als vermittelnder Form, so daß außer der venditio stets noch die testatio und also eine förmliche Erbeseinsetzung hinzukommen mußte; oder machte sie den eigentlichen Kern und das Wesen des Geschäftes aus, welches erst später in ein wahres Testament umschlug? Der neueste Schriftsteller über diese Lehre, Huschke[3]), hat sich für die erste Ansicht entschieden; aber seine Gründe überzeugen mich nicht. Er stützt sich dabei hauptsächlich auf die Bedeutung des Wortes familia, worunter er die Vermögensfreiheit des Testators versteht, welche nach seinem Tode in Beziehung auf den Erben zur hereditas wird: diese familia habe nie durch eine mancipatio von Todes wegen

3) Rhein. Museum für Jurisprudenz VI. 3. S. 292 ff.

übertragen werden können; es sey dieß vielmehr nur durch ein legare und testari geschehen, und ein solcher Act unbedingt nöthig gewesen, um die familia erst mancipabel zu machen. Darauf wird dann der Satz bezogen, welcher in der Kaufsformel des familiae emptor vorkommt: quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam. — Ich müßte eine freiere Bewegung haben, als mir hier gestattet ist, wenn ich hoffen sollte, eine so scharfsinnige und durchgearbeitete Ansicht, wie die von Huschke a. a. O. aufgestellte Erklärung der familia gründlich widerlegen zu können. Ich begnüge mich daher, meinen Dissens dadurch zu motiviren, daß mir jene Erklärung der familia den nüchternen und einfachen Begriffen des römischen Rechts nicht ganz zu entsprechen scheint, und daß sich nicht bloß der oben citirte Gajus dafür anführen läßt, wenn man jenes Wort hier im Sinne von patrimonium als Vermögen nimmt [4]). Halten wir nun an dieser Bedeutung fest, die man auch bis jetzt gewöhnlich darin gefunden hat, so fragt es sich weiter, ob eine Universalsuccession in das Vermögen durch die mancipatio bewirkt werden konnte. Huschke führt dagegen die Analogie des späteren Rechts an, in welchem ein Geschäft unter Lebenden keine solche Succession von Todes wegen begründen konnte; aber damit ist noch nichts über die ursprüngliche Bedeutung der familiae mancipatio entschieden, indem es sich eben darum handelt, zu bestimmen, ob mit ihr stets dieselbe Wirkung verbunden gewesen sey, oder ob diese sich im Laufe der Zeit

---

4) S. Terent. Heautont. V. 1. v. 36. "Decem dierum vix mihi est familia." — Gellius, N. A. I. 9. — Auch die Art, wie Huschke den Ausdruck familia bei dem judicium familiae erciscundae erklärt, (a. a. O. S. 280.) scheint mir nicht genügend. Vergl. noch Mühlenbruch, die Lehre von der Cession S. 30. Note 50.

verändert habe, wie ja auch z. B. erst nach und nach sich eine Universalsuccession durch Fideicommiß herausbildete.

Geht man nämlich von der Ansicht aus, daß das testamentum per aes et libram sich nach und nach im Volke entwickelt hat, so muß es natürlich erscheinen, daß, als man eine Art der Eigenthumsübertragung wählte, um eine Zuwendung auf den Todesfall zu begründen, von jenem Geschäfte nicht plötzlich alle Wirkungen abgestreift wurden, welche es in seiner ursprünglichen Bedeutung hatte. Das Bedürfniß für eine neue Form, um sein Vermögen auf einen andern, als den gesetzlichen Erben übertragen zu können, war da; eine directe Erbeseinsetzung konnte nur nach den bestehenden Normen geschehen, welche eben nicht ausreichten; daher begnügte man sich damit, denselben Erfolg mittelbar zu erreichen, und wählte als Mittel dazu die Uebertragung des Vermögens unter Lebenden, und zwar wohl die mancipatio, und nicht die in jure cessio, weil jene ganz in den Händen der Privaten lag, also der Form nach freier war, und durch die lex mancipationis der nöthigen Beredung einen weiteren Spielraum gestattete. Auf eine ähnliche Weise halfen sich die Deutschen, welche gar keine Testamente hatten; sie übertrugen durch die Auflassung ein sogleich wirksames Recht und wußten sich durch die besondere Biegsamkeit ihres Sachenrechts den Genuß des Vermögens bis auf den Tod und unter Umständen auch das Recht des Widerrufs zu bewahren. Aehnliches konnten auch die Römer durch Stipulationen und die Fiducia erreichen, wie unter anderm die altrömische Verpfändung zeigt. Darüber freilich, wie es ursprünglich bei der familiae mancipatio herging, lassen sich nur Vermuthungen äußern. Vielleicht ging auch in Rom, wie bei den Deutschen, durch die mancipatio an-

fangs nicht die Verlassenschaft als solche, sondern nur das gegenwärtige Vermögen auf den Empfänger über, was um so unverfänglicher war, da solche Verfügungen nur, si subita morte urguebatur, zu geschehen pflegten, und im Fall der Genesung eine spätere Wiederholung unbenommen blieb. Möglich aber auch, und das scheint mir das Wahrscheinlichere, daß das ganze Vermögen als universitas gedacht, etwa durch eine einzelne Sache vertreten, zum Gegenstand der mancipatio gemacht ward, und der spätere Erwerb unter die Wirkung dieses Actes fiel, wie es auf eine ähnliche Weise in der folgenden Zeit bei der Verpfändung des ganzen Vermögens geschah [5]).

Wenn Huschke's Ansicht die richtige wäre, daß die testatio nöthig gewesen, um das Vermögen mancipabel zu machen, die mancipatio aber an die Stelle der calata comitia getreten sey; so bleibt es immer unerklärlich, wie ohne ein bestimmtes Gesetz das letztere hat geschehen können, und daß ein solches deswegen erlassen worden ist, scheint Huschke doch selbst nicht behaupten zu wollen. Nimmt man aber an, es habe sich erst später die testatio an die mancipatio angesetzt, so erklären sich die Worte: quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, sehr natürlich; und es wäre nach dem oben Angeführten vielleicht nicht zu gewagt, sie geradezu auf den Satz der XII Tafeln: uti legassit etc. zu beziehen, wenn nicht die Worte selbst dagegen eine Bedenklichkeit erregten, wovon später die Rede seyn wird. — Dafür nun, daß die mancipatio ursprünglich in unserm Fall wirklich ernsthaft gemeint war, und nicht bloß als Form für ein ihr ganz

5) Eine andere Ansicht hat J. H. Dernburg, Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente, S. 105. und §. 18. Bonn 1821. — Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Note 50., und unten Note 19.

fremdes Geschäft diente, lassen sich auch manche Gründe anführen, welche weitläuftig von Dernburg[6]) entwickelt sind, auf den ich deshalb verweise.

Nachdem nun das alte Mancipationstestament, oder wenn man lieber will, die Vergabung durch Mancipation in den allgemeineren Beziehungen dargestellt worden ist; so kann ich mich jetzt zum familiae emptor wenden, und untersuchen, welche Stellung er ursprünglich bei diesem Geschäfte eingenommen habe. Ich werde mich dabei im Allgemeinen an die Ansicht anschließen, welche Dernburg[7]) darüber aufgestellt hat, indem ich nur bemerke, daß eine Analogie aus dem ältern deutschen Rechte mich selbständig auf dasselbe Resultat geführt hat, wozu der genannte Schriftsteller schon früher gelangt war. — Im ersten Theile dieser Schrift[8]) habe ich weitläuftig über die Salmannen gehandelt, Mittelspersonen, denen man vermöge der Auflassung Güter übertrug, damit sie dieselben weiter an einen Dritten tradirten, und deren Hülfe man sich auch bediente, um eine Vergabung von Todes wegen zu beschaffen, indem der Freigebige erst nach seinem Tode die Auflassung durch den Salmann beschaffen ließ. Für einen solchen Treuhänder nun, dessen Dienstleistung regelmäßig unentgeldlich war, halte ich ebenfalls den alten familiae emptor, — eine Annahme, welche auch abgesehen von jener Analogie, durch sehr gewichtige Gründe unterstützt werden kann.

Das wichtigste Zeugniß, welches Dernburg für seine Ansicht beibringt, liegt in der Art und Weise, wie Gajus die Einführung des testamentum per aes et libram erzählt; auch halte ich die Interpretation, welche dieser Stelle von

6) a. a. O. S. 83 ff.
7) a. a. O. S. 96 ff.
8) §. 15 und 16.

ihm gegeben worden ist, im Allgemeinen für die richtige, während Gans[9]), der ihr aber nur eine Hypothese entgegen setzt, das Gegentheil darin findet, und Mühlenbruch[10]) ebenfalls die ursprüngliche Identität des familiae emptor und des Bedachten aus Gajus rechtfertigen zu können glaubt. So viel muß man nun auch dem zuletzt genannten Gelehrten allerdings zugeben, daß in den Worten: "heredis locum optinebat, loco heredis erat" nicht nothwendig der oben angegebene Sinn liegt; denn sie werden ja allgemein dazu gebraucht, um die rechtliche Stellung einer Person zu bezeichnen, welche sich in einer ähnlichen Lage, wie ein Erbe befindet. Aber faßt man die Rede des Gajus in ihrem ganzen Zusammenhange auf, und bedenkt man namentlich, wie unbestimmt hier das "amico" steht, und daß dasjenige, was er vertheilen soll, als die eigentliche Zuwendung sich herausstellt, so scheint Dernburg's Erklärung doch weit die natürlichere zu seyn. Darin möchte ich jedoch demselben nicht beistimmen, daß man nothwendig gegen die Worte des Gajus drei Perioden für die Entwickelung dieses Geschäftes annehmen muß, so wie ich ihm auch nicht in der Interpretation des Theophilus[11]), bei dem er die Ansicht des Gajus wieder findet (a. a. O. S. 121.), folgen kann. Theophilus sagt nicht, der familiae emptor sey loco heredis gewesen, sondern er spricht von ihm als dem Erben; es zeigt sich ferner in der Art, wie er die später eingetretene Veränderung in der Stellung des familiae emptor erzählt, daß er ihn für ursprünglich identisch mit dem Erben ge=

9) Ed. Gans, das Erbrecht. II. S. 82 ff.

10) Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pandectencommentar. Band 38. S. 255. Note 45.

11) Theophilus ad §. 1. I. de testam. ordin.

halten hat. Er giebt nämlich an, man habe die Nachstellungen nach dem Leben des Erblassers vermeiden wollen, welche dadurch hervorgerufen wurden, daß der Erbe, indem er auch Käufer war, wußte, daß er eben succediren werde. Doch glaube ich nicht, daß man auf diese Abweichung des Theophilus irgend ein Gewicht legen darf, da es sich hier von einem Geschäfte handelt, das schon lange eine Antiquität war [12]), und die so genaue Kunde des Mannes von den Gründen der Veränderung ihn etwas verdächtig macht. Es gehörte aber keine sehr gewagte Combination dazu, um dasjenige, was Gajus [13]) über die Form der Pupillarsubstitutionen sagt, auf den vorliegenden Fall anzuwenden, und so recht pragmatisch einen Grund für die angeführte Veränderung zu finden, von dem Gajus nichts weiß, und der auch für die frühe Zeit, in welche man die Umgestaltung des Mancipationstestaments hinaufsetzen darf, wohl kaum paßte.

Ist nun Gajus für uns und Theophilus uns nicht gefährlich, so dürfen wir um so unbefangener die Gründe betrachten, welche für die oben gegebene Erklärung sprechen. Da stellt es sich denn namentlich heraus, daß, wenn der familiae emptor von Anfang an nur als

---

12) Wenn man sieht, wie verwickelt das Testament des Augustus war, so darf man wohl annehmen, daß die schriftliche testatio schon viel früher mit der mancipatio verbunden worden war. Zu August's Zeiten kam der familiae emptor auf jeden Fall schon in der späteren Bedeutung vor; denn Domitius, der Großvater des Nero, war der familiae emptor bei dem Testament des Augustus (s. Suetonius in Nerone cap. 4.); dieser aber hinterließ ein geschriebenes Testament, welches bei den Vestalinnen aufbewahrt wurde, und in welchem jener Domitius nicht als Erbe genannt war; s. Suetonius in Octavio cap. 101.

13) Gajus lib. II. §. 181.

Treuhänder fungirt hat, die Mancipationsform viel bequemer für die Zuwendung auf den Todesfall seyn mußte, als wenn er selbst der Erbe war. Denn im letzten Fall konnten Abwesende, Postumi und solche, die keine Mancipation eingehen durften, z. B. Unmündige, welche keinen Tutor hatten, auf die angegebene Art nicht bedacht werden, was nach unserer Auffassung Alles anders war. Außerdem aber läßt sich darnach die Veränderung, welche mit dem familiae emptor selbst im späteren Rechte vorgenommen ward, viel natürlicher und einfacher erklären. Er sollte ja doch nicht Erbe werden: da war es am Ende gleichgültig, ob man ihm gleich bei der Mancipation die Personen nannte, an welche er das Vermögen herausgeben sollte, oder ob sie ihm erst später aus dem Testamente bekannt wurde[14]). Der Hauptunterschied in seiner rechtlichen Stellung während der verschiedenen Perioden bestand dann nur darin, daß er anfangs der eigentliche Vollstrecker von dem Willen des Erblassers war, und dessen Vermögen an die Bedachten übertragen mußte; später aber zu einer bloßen Sollennitätsperson herabsank, indem der geschriebene Erbe sein Recht direct aus der Einsetzung erhielt.

Bis jetzt sind indessen nur solche Gründe für die oben aufgestellte Bedeutung des familiae emptor angeführt worden, welche dieselbe als möglich und angemessen erscheinen lassen, ohne noch ganz unmittelbar und nothwendig auf das bezeichnete Rechtsverhältniß hinzuweisen; sie sollten nur der jetzt folgenden Erörterung Eingang verschaffen, so wie diese sie wiederum durch ihr Gewicht verstärken wird. —

---

14) Im deutschen Recht konnte dem Salmann sogleich bei der Auflassung der Name dessen genannt werden, dem die Zuwendung zu Gute kommen sollte; oder es geschah später, nachdem die Auflassung an den Salmann schon geschehen war.

Das ursprüngliche Recht des familiae emptor muß nämlich auf die fiducia zurückgeführt werden, wie das des Salmanns auf die getreue Hand: er empfing das Vermögen, um es wieder herauszugeben, womit auch die Verpflichtung auf den Schutz desselben, wenigstens für eine gewisse Zeit verbunden war. Hält man dieses fest, so wird es natürlich erscheinen, daß sich in der Kaufsformel, welche Gajus uns aufbewahrt hat, ein Satz findet, der, wenn man ihn so, wie es durch den Herausgeber geschehen ist, restituirt, das vorher bezeichnete Rechtsverhältniß mit klaren Worten angiebt. "Familiam pecuniamque tuam, sagt der Käufer, endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio." Dieß kann sich nicht mehr auf die spätere untergeordnete Stellung des familiae emptor beziehen, sondern muß aus der Zeit in der Formel zurückgeblieben sein, wo er durch die Mancipation eine wirksamere Rolle zugetheilt bekam. Wäre er aber damals selbst der Bedachte gewesen, so hätte er doch nicht sagen können, daß er das ganze Vermögen bloß in seinen Schutz nähme, um später, wenn es so bestimmt war (denn nothwendig brauchte das doch nicht zu geschehen), einige Legate davon auszuzahlen. Denkt man sich ihn aber als Treuhänder, so ist Alles klar; die Formel blieb, als das Geschäft selbst sich schon geändert hatte, und der Zusatz: eaque quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam — —, wird später hinzugekommen seyn, als durch die nuncupatio anstatt der alten lex mancipationis eine selbständige Erbeseinsetzung mit der mancipatio verbunden ward. Wann dieses geschehen, läßt sich wohl nicht genau bestimmen. Zwar ist, wie ich schon oben bemerkt habe, die Annahme sehr einladend, daß unter der lex publica hier das XII Tafelgesetz zu verstehen sey, wodurch das testamentum per aes et libram wohl auf

jeden Fall erst seine gesetzliche Haltung bekommen hat; aber es lassen sich Gründe anführen, welche dagegen sprechen, daß die XII Tafeln das hier behandelte Geschäft schon als ein eigentliches Testament mit einer directen Erbeseinsetzung gekannt haben. Nach Ulpian[15]) hieß es nämlich in dem angeführten Gesetze: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto. Ulpian bezieht nun freilich tutela suae rei auf die testamentarische Tutel; aber ich habe den Sinn der Worte und bedeutende Auctoritäten für mich[16]), wenn ich jene Worte auf den Schutz des Vermögens beziehe, und zwar auf den des familiae emptor, wie er auch in der Kaufsformel als mandata tutela custodelaque bezeichnet ist. Hätten aber die XII Tafeln schon die spätere Form des Mancipationstestaments gekannt, so würden sie schwerlich jene Worte gebraucht haben, um das Rechtsverhältniß des familiae emptor zu bezeichnen, da sie sich mit einer directen Erbeseinsetzung, durch welche der Käufer nothwendig zurückgeschoben, dicis gratia adhibitus ward, nicht wohl verbinden lassen. Die XII Tafeln würden sicherlich für das veränderte Geschäft die angemessene Bezeichnung gebraucht haben, während es dem strengen Halten an alte Formen entspricht, wenn eine spätere Zeit diese auch unter veränderten Umständen nicht aufgab. Dazu kommt nun noch der Ausdruck: legassit. So viel ich weiß, nimmt man ihn an dieser Stelle für ganz gleichbedeutend mit testari; aber dagegen spricht der spätere Sprachgebrauch, und die ursprüngliche Bedeutung des Wortes. Plautus

15) Ulpiani Fragm. XI. 14.

16) S. Hugo's Rechtsgeschichte (11. Aufl.) S. 108 und 242., und die daselbst genannten Schriftsteller, welche mir aber leider beide nicht zur Hand sind.

Bayerische Staatsbibliothek München

gebraucht es nämlich als gleichbedeutend mit mandare [17]), und in diesem Sinne läßt sich auch legatus sehr gut als Bevollmächtigter erklären. Da nun nach der hier vertheidigten Ansicht dem familiae emptor ein nach dem Tode des Erblassers auszuführender Auftrag gegeben ward, so paßt die angegebene Erklärung ganz vortrefflich zu der ursprünglichen Bestimmung der familiae mancipatio, welche dadurch eine neue, sehr bedeutende Stütze bekommt. Legare würde man aber schwerlich von der Erklärung des Testators über seine Zuwendung haben brauchen können, wenn der Bedachte schon damals Erbe geworden wäre. Mir wenigstens ist sonst keine Stelle bekannt, wo legare statt testari vorkäme; die alte Vergabung durch mancipatio war ja aber ursprünglich nichts als ein legatum, eine Disposition durch Auftrag, wie sich auch das spätere Vermächtniß in einer allgemeineren Auffassung darstellt [18]).

Es ist nur meine Absicht gewesen, die Durchführung

17) Plautus, Cas. I. 1. v. 12. "Quod legatum est tibi negotium, id curas."

18) Daß erst durch das testamentum per aes et libram Vermächtnisse aufgekommen sind, ist wohl mehr als wahrscheinlich; dasselbe scheint auch Schweppe, Rechtsgesch. §. 490. anzunehmen; nur läßt es sich damit nicht wohl vereinen, wenn er a. a. O. §. 440. Note 1. vermuthet, das Wort legare hänge damit zusammen, daß das Testament auf einem Volksbeschluß beruhte. War dieses der Fall, so fehlte ja eben ein wesentlicher Unterschied zwischen diesem Testamente und dem öffentlichen. — Wie aber nach der Umänderung des testamentum per aes et libram die Legate mit der Erbeseinsetzung vereinigt worden sind, liegt im Dunkel; es ließe sich denken, daß bei jenen der familiae emptor länger in seiner alten Stellung geblieben sey; daß man später angefangen, die Auflage auch dem Erben direct zu machen (Damnationslegat), so daß, als jene Mittelsperson endlich jede Thätigkeit verlor, der früher durch ihn Bedachte jetzt ein unmittelbares Recht aus dem Testament erlangte (Vindicationslegat); — doch ich will diese Vermuthungen nicht weiter fortführen.

der vorher ausgesprochenen Ansicht über die älteste Bedeutung des testamentum per aes et libram ganz im Allgemeinen zu versuchen; das genügte für meinen Zweck, und die Quellen werden es auch kaum gestatten, die Beschaffenheit des Geschäftes im Einzelnen mit einiger Sicherheit herauszubringen. Daß es kein eigentlicher Erbeinsetzungsvertrag war, leuchtet ein; denn die Zuwendung war ja nicht auf den Tod gestellt, und ging auch nicht direct auf die Beerbung: es war eine Vergabung von Todes wegen, aber unter Lebenden beschafft und befestigt. Daher scheint es auch nicht angemessen, bei demselben von Anfang an eine Widerruflichkeit anzunehmen, obgleich sie früh genug eingedrungen seyn mag, und jedenfalls durch besondere Vorkehrungen leicht in das Geschäft hineingelegt werden konnte [19]. — Schließlich will ich nun noch einige Einwürfe

19) Ich gehe hier, wie früher, davon aus, daß familia eben nur das Vermögen bedeutet; s. dagegen Mühlenbruch in der Fortsetzung zu Glück's Commentar, Bd. 38. S. 254. — Ueber die Widerruflichkeit der oben behandelten Vergabung läßt sich aus dem deutschen Recht keine sichere Analogie aufstellen. Albrecht hat in der Rec. des ersten Theils dieser Schrift (Gött. gel. Anz. Jahrg. 1835. Stück 54. 55. S. 534.) die Vermuthung geäußert, die deutschrechtliche Vergabung durch einen Salmann sey von Seiten des Gebers widerruflich gewesen. Dem kann ich jedoch nicht beistimmen; denn der Geber war auf jeden Fall so weit gebunden, daß er die Sal ohne den durch die Auflassung bestellten Salmann nicht gültig vollziehen konnte; s. Th. 1. S. 268. ff. Darüber aber läßt sich freilich streiten, ob der Salmann selbst gegen den Willen des Herrn die einmal in seine Hand gelegte Vergabung an den bestimmten Dritten gültig beschaffen konnte, oder nicht. Ich gestehe, daß ich geneigt bin, mich für das Erste zu entscheiden, wozu ich namentlich durch das Wesen der Auflassung, deren Wirkung sich auch in diesem Fall ganz anders stellt, als die eines bloßen Mandats, und durch die allgemeine Natur der deutschrechtlichen Vergabungen bestimmt werde. In den vielen Urkunden, die von den Salmannen handeln, erinnere ich mich auch kein Beispiel eines Widerrufs gefunden zu haben; anders verhält es sich

berühren, welche gegen die hier vertheidigte Ansicht vorgebracht werden könnten, und dabei sogleich die Gegengründe hervorheben.

1) Man könnte einwenden, daß die Testirfreiheit dem römischen Bürgerrecht eigenthümlich war; hatte sie auch anfangs einen beschränkteren Umfang, als später (was wohl nicht leicht jemand in Abrede stellen wird), so mußte doch die allmählige Ausdehnung stets den Charakter des ursprünglichen Rechts beibehalten, und dieses daher auch in der einseitigen Willensbestimmung begründet gewesen seyn. — Wenn diese Ansicht nur ein wenig modificirt wird, so halte ich sie für die richtige: dann steht sie mir aber auch nicht entgegen. Als man nämlich in Rom zur Mancipation griff, um sich eine neue Form der Vergabung zu verschaffen, so war es natürlich, daß man anfangs an deren Wesen fest hielt. Aber weil der Zug zur einseitigen letztwilligen Verfügung im römischen Recht lag, und im öffentlichen Testament schon ein so mächtiges Organ gefunden hatte; so mußte es bald geschehen, daß auch die Vergabung durch Mancipation sich dahin wandte, und endlich ganz darin aufging. Daher wird auch später nur eines testamentum per aes et libram gedacht, während die XII Tafeln noch von einem legare sprechen, dem in der ursprünglichen

---

aber natürlich in den Fällen, wo die Salmannen mit einem Testament verbunden waren. — Wenn übrigens Hugo in der Rechtsgesch. S. 557. schon deswegen das Mancipationstestament der Römer von Anfang an für widerruflich hält, weil der Testirer ja doch beliebig Schulden machen und die einzelnen Sachen veräußern konnte; so trifft dieser Grund das Princip so wenig für diesen Fall, als er es im heutigen Recht für die Erbverträge thun würde. Es ist etwas ganz anders, das Recht der freien Erbeseinsetzung zu haben, und dem bestimmten Erben den Nachlaß verringern, oder auch ganz vernichten zu dürfen; im zweiten Abschnitt komme ich auf diesen Punkt wieder zurück.

Bedeutung nicht nothwendig der Charakter der Einseitigkeit und Widerruflichkeit anhing.

2) Ein großer Uebelstand mußte bei der alten Einrichtung der seyn, daß dadurch die Zerstückelung des Vermögens in viele einzelne Vermächtnisse befördert ward. Denn wenn das auch nicht die nothwendige Folge von einer solchen Form der Zuwendung war, so läßt sich doch annehmen, daß es häufig genug vorgekommen ist, da ja auch später die Neigung dazu bei den Römern sehr stark war. Die ersten Gesetze, welche dagegen erlassen wurden, weisen aber schon darauf hin, daß die Legate einen Erben voraussetzten, und gewiß sind doch gerade die im Mancipationstestament angeordneten Vermächtnisse vorzugsweise Gegenstand ihrer Vorschriften gewesen. — Daraus folgt jedoch nichts weiter, als daß schon in dieser Zeit mit der mancipatio eine Erbeseinsetzung verbunden war, was mit den oben angestellten Untersuchungen sehr gut zusammen paßt, während sich gerade die große Vorliebe für die Legate aus der alten Form des Geschäftes erklären läßt.

3) Eine dritte Bedenklichkeit betrifft die sacra privata[20]). Der familiae emptor als eine bloße Mittelsperson wird sie auch in der ältesten Zeit wohl schwerlich übernommen haben, und ehe sich die Theorie der Pontifices ausgebildet hatte, daß sie mit der pecunia auch an einen Singularsuccessor kommen konnten, ebenso wenig der Bedachte. Ich will mich aber hier aller Vermuthungen enthalten, und bemerke nur, daß man es ja gar nicht gewiß weiß, ob jene Theorie der Pontifices jünger ist, als die älteste Form des Mancipationstestaments.

---

20) Im Allgemeinen ist hier zu vergleichen v. Savigny in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. II. Nr. 15. und Dernburg in der angef. Schrift, den aber freilich bei diesem Punkte der Vorwurf trifft, zu viel auf Hypothesen gebaut zu haben.

§. 4.
Ungültigkeit der Erbverträge nach römischem Rechte.

Wenn man auch das alte testamentum per aes et libram als ein Geschäft auffassen darf, welches mit einer bestimmten Art der deutschrechtlichen Vergabungen von Todes wegen Aehnlichkeit gehabt hat; so ist das doch für die weitere Entwickelung des römischen Rechts ohne allen Einfluß gewesen. Während sich nämlich bei den Deutschen an jene Vergabungen die Erbeinsetzungsverträge ansetzten, und die Erbverzichte von jeher bestanden, der Vertrag also fast zur unbeschränkten Herrschaft über die Beerbung gelangte; so ging in Rom die Zuwendung durch Mancipation in eine einseitige letztwillige Verfügung über, und die Erbverträge blieben aus dem Kreise des römischen Rechts verbannt. Daß dieses Verbot ganz allgemein und ohne Ausnahme gewesen ist, soll in diesem §. nachgewiesen werden, wobei auch auf die Gründe, welche die Veranlassung davon waren, Rücksicht zu nehmen ist. Ich wiederhole hier aber noch einmal, daß ich die Erbverträge nach dem römischen Rechte in diesem Kapitel nicht in Beziehung auf die Literärgeschichte oder auf einzelne besondere Institute abhandle, sondern allein in der Absicht, die allgemeinen Grundsätze des reinen römischen Rechts in dieser Lehre kurz und bestimmt hervorzuheben.

Anfangs theilt sich hier die Untersuchung über den Erbeinsetzungsvertrag und den Erbverzicht, wenn auch zuletzt vielleicht ein Grundsatz aufgefunden werden kann, welcher für die Ungültigkeit beider Institute eine gemeinschaftliche Begründung enthält. Jedoch findet sich eine Stelle in

unseren Quellen, die sich vielleicht auf beide Arten der Erbverträge beziehen ließe, und die ich daher auch voransetzen will; ich meine:

c. 4. C. de inutil. stipulat. (*Impp.* Diocletianus *et* Maximianus.) Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, in quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est: cum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationen deducantur, nullius momenti sint.

Die Kaiser erklären hier eine Stipulation, welche über die Erbfolge eingegangen war, für ungültig, weil sie contra bonos mores sey. Dieser Fall ließe sich auch wohl, wenn man bei der stipulatio de successione interposita an eine Strafberedung dächte, von einem Erbverzicht verstehen; obgleich es natürlicher erscheint, die Stelle bloß auf den Erbeinsetzungsvertrag zu beziehen. Auch dann bleibt es jedoch noch ungewiß, ob die Stipulation direct auf die Beerbung ging, oder nur auf den Fall des nicht gehaltenen Vertrags die Strafe bestimmte; in der letzten Bedeutung kommt sie unzweifelhaft in einer andern Stelle vor.

L. 61. D. de V. O. (Julianus libro II. ad Urseium Ferocem.), Stipulatio hoc modo concepta, *si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* inutilis est: quia contra bonos mores est haec stipulatio.

Direct von dem Erbeinsetzungsvertrage handelt

c. 5. C. de pactis conv. tam super dote. (*Impp.* Dioclet. *et* Maxim.)

Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona ejus ad

te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata: intelligis nulla te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur.

Hier wird gleich zu Anfang ein solcher Vertrag ganz ausgeschlossen: hereditas extraneis testamento datur, d. h. das Testament ist die einzige gesetzlich anerkannte Form, wodurch Erbschaften auf extranei übertragen werden können. Es war also erfolglos, daß in die Ehestiftung ein Vertrag aufgenommen war, durch welche man dasselbe erreichen wollte, was nur durch ein Testament geschehen konnte. Hier ist übrigens, wie Hasse [1]) richtig bemerkt, der Erbvertrag dem Testament schon direct gegenüber gestellt, aber nur, um ihn desto sicherer zu treffen und zu beseitigen; es war einfach die Frage zu beantworten, ob eine solche Beredung gelten sollte oder nicht. Etwas verwickelter scheint der Fall gewesen zu seyn, worüber die Kaiser an einer andern Stelle rescribirt haben.

c. 34. C. de transact. (*Impp.* Dioclet. *et* Maxim. ai 294.) Cum donationis seu transactionis causa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis, nec unquam volentibus dolus inferatur: frustra de dolo querimini: nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur.

Zwei Geschwister, welche ihrem Bruder seine Verbindlichkeit aus der von ihm geführten Tutel erlassen haben, beschweren sich bei den Kaisern, daß sie betrogen sind, werden aber abgewiesen, weil sie mit Vorbedacht und vom Stande der Sachen unterrichtet (scientes) den Nachlaßver-

---

1) Rhein. Museum für Jurisprudenz II. 2. S. 157.

trag geschlossen haben. Als die Veranlassung zur Eingehung desselben wird angegeben, sie sey donationis seu transactionis causa geschehen, — eine ganz unbestimmte Bezeichnung, da nur eins von beiden Geschäften wirklich vorliegen konnte, die aber in dem Schlußsatze: nec ad implendum etc. ihre Erklärung findet. Wenn man nämlich nicht annehmen will, daß in demselben Rescripte und in derselben Wortverbindung zwei ganz getrennte Rechtsfälle entschieden worden sind, was unerhört wäre; so muß man zwischen dem Nachlaßvertrag und dem Versprechen wegen der Beerbung eine Verbindung annehmen. Demnach stellt sich folgender Rechtsfall heraus [2]). Ein Bruder war seinen Geschwistern aus der über sie geführten Tutel verhaftet; sie haben ihm ihre Forderung erlassen, und er ihnen versprochen, sie zu seinen Erben zu machen. Dieß hat er nun nicht gehalten, und die Geschwister beschweren sich bei den Kaisern, daß sie hintergangen worden sind, und dringen darauf, daß der Nachlaßvertrag für ungültig erklärt werde, vielleicht eventualiter auf Erfüllung des Versprechens oder umgekehrt. Die Kaiser sehen beide Geschäfte als von einander getrennt, den Nachlaßvertrag daher für eine Schenkung an; die Geschwister für einen Vergleich, indem sie eine Verbindung behaupten: daher die schwankende Bezeichnung: donationis seu transactionis causa. Der Nachlaßvertrag also wird als Schenkung, bei der kein Dolus vorgekommen ist, aufrecht erhalten, und davon das Versprechen des Bruders, die Geschwister zu seinen Erben machen zu wollen, ganz getrennt und für durchaus ungültig erklärt. Die Imploranten haben es wohl so dargestellt, daß sie durch dasselbe zur Eingehung des Nachlaßvertrags

---

2) cf. Brunnemann ad h. l.

bewogen worden sind; die Kaiser aber gefunden, daß so etwas nicht geschehen sey, vielleicht sogar, daß der Bruder Vormund durch jene Freundlichkeit veranlaßt werden sollte, sie zu seinen Erben zu machen. Will man auf den Ausdruck sollicitatio ein Gewicht legen, so läßt sich die Sache so denken: der Bruder verspricht die Erbeseinsetzung, was die andern nicht gerade acceptiren; aber sie wollen ihn doch fest halten, erlassen ihm ihre Forderung aus der Tutel, was jener annimmt, ohne sie aber einzusetzen. Dazu soll er nun auch nicht gezwungen werden können, denn daß es sich hier von ihm selbst handelt, nicht etwa von seinem Erben, geht aus der ganzen Fassung des Rescripts, namentlich aus dem Schlußsatze hervor.

Nach dem Angeführten erleidet die Ungültigkeit des Erbeinsetzungsvertrags nach römischem Rechte keinen Zweifel, und von dieser Regel giebt es auch im Justinianeischen Recht keine Ausnahme, wie sich aus einer genaueren Betrachtung derjenigen Stellen, welche sie enthalten sollen, ergiebt. Ich führe hier nur beispielsweise die wichtigste an, indem andere später gelegentlich bei der Literärgeschichte erwähnt werden.

c. 19. C. de pactis. (*Impp.* Diocletian. *et* Maximian. Victoriano *militi.*) Licet inter privatos hujusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is qui supervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa gestae efficaciter speciem ostendat: tamen cum voluntas militum, quae super ultimo vitae spiritu deque familiaris rei decreto, quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi judicii obtineat: proponasque te ac fratrem tuum ad discrimen praelii pergentes, ob communem mortis fortunam invicem esse pactos, ut ad eum, qui

superstes fuisset, res ejus, cui casus finem vitae attulisset, pertinerent: existente conditione intelligitur ex fratris tui judicio, quod principalium constitutionum prompto favore firmatur, etiam rerum ejus compendium at te delatum esse.

Zwei Brüder, welche als Soldaten in den Kampf zogen, sind übereingekommen, daß, wenn einer von ihnen fallen würde, der Ueberlebende sein Vermögen erhalten sollte; der eine ist wirklich gefallen, und nun die Frage zur Entscheidung der Kaiser gekommen, ob die Beredung rechtsbeständig sey oder nicht. Zwischen Privatpersonen wäre sie es nun auf keinen Fall gewesen: denn der Erbeinsetzungsvertrag ist ja verboten, und zur m. c. donatio war damals koch die traditio oder stipulatio nöthig, wie aber unter Soldaten? Diese dürfen bekanntlich formlos testiren, d. h. es reicht hin, wenn ihr Wille über ihre Beerbung bestimmt ausgesprochen ist. Das war nun aber doch auch vermittelst des obigen Vertrags von dem in der Schlacht Gebliebenen geschehen; der Vertrag konnte freilich als ein solcher nicht bestehen, denn auf Erbverträge sind die Soldaten nicht privilegirt; aber die Kaiser nehmen aus demselben die Willenserklärung des Verstorbenen heraus, sie sehen diese als unzweifelhaft an, und erklären sie für genügend, um eine letztwillige Verfügung, d. h. ein Soldatentestament zu begründen. Daher ist auch hier kein eigentlicher Erbvertrag unter Soldaten, auch kein wechselseitiger, anerkannt, sondern ein dahin zielendes Geschäft nur benutzt worden, um daraus eine einseitige letztwillige Disposition herzuleiten. Ueber die Unwiderruflichkeit derselben kommt in dem Rescript, welches erst nach dem Tode des einen Paciscenten erlassen ist, nichts vor; natürlich ist aber daran nach dem Obigen überhaupt nicht zu denken, weil der Vertrag hier nur eine

ganz untergeordnete Bedeutung hat, und nur in Betracht kommt, insofern der Wille des Gefallenen eines seiner Bestandtheile bildete[3]).

Ueber die obigen Constitutionen, welche die Ungültigkeit des Erbeinsetzungsvertrags direct oder indirect aussprechen, ist noch im Allgemeinen zu bemerken, daß sie alle vier von den Kaisern Diocletian und Maximian herrühren, und daß eine andere Constitution desselben Inhalts, die wir sogleich kennen lernen werden[4]), kurz vor ihnen erlassen worden ist, während sich in späteren Rescripten keine solche Entscheidungen mehr finden. Wir dürfen daher wohl annehmen, daß sich um die Zeit jener Kaiser, welche überhaupt für die Rechtsgeschichte so wichtig ist, eine Neigung kund gab, das Princip des Vertrags ins römische Erbrecht einzuführen, was aber durch eine consequente Abwehr von den Kaisern auf die Dauer verhindert ward. Für den Orient jedoch nicht ganz; denn die Nov. 19. des Kaisers Leo, welche freilich für unser Recht kein unmittelbares Interesse hat, gestattet für einen bestimmten Fall den Erbeinsetzungsvertrag. Die Sache verhält sich so. Im Codex[5]) findet sich die Bestimmung, daß wenn der Tochter bei ihrer Verheirathung ein gleiches Erbrecht am Vermögen des Vaters mit dem Bruder ausbedungen worden ist, ein solcher Vertrag gar keine Folgen haben soll, indem dadurch

---

3) Vgl. Hasse im rhein. Museum II. 2. S. 164.

4) S. die folgende Note.

5) c. 15. C. de pactis. (*Impp.* Valerianus *et* Gallienus *A. A. et* Valerianus Nobiliss. Caes. ai 267.) Pactum quod dotali instrumento comprehensum est, ut, si pater vita fungeretur, ex aequa portione ea, quae nubebat, cum fratre heres patris sui esset: neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.

weder eine Obligation contrahirt, noch die Testirfreiheit des Vaters im Mindesten beschränkt wird. Diese Vorschrift, welche durchaus consequent und den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts über Erbverträge angemessen ist, fand Leo höchst unbillig und absurd, und verordnete: wenn ein Vater in Eheverträgen versprochen hat, daß das Kind (ὁ παῖς) mit den andern Geschwistern (ἀδελφοὶ) gleich erben soll, so müsse es hierbei sein Bewenden haben, und das Kind nach dem Vertrage wirklich zum gleichen Erbtheile zugelassen werden.

So viel von der Ungültigkeit des Erbeinsetzungsvertrags; nicht ganz so bestimmt und auch nicht so zahlreich sind die Stellen, welche von dem Erbverzichte handeln. Direct beziehen sich darauf nur folgende zwei:

L. 16. D. de suis et legitimis heredibus. (Papinianus *libro XII. Responsorum.*) Pater instrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret: eam scripturam jus successionis non mutasse constitit: privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri.

c. 3. C. de collationibus. (*Imp.* Alexander ai 231.) Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote, quae in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, juris auctoritate improbatur: nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane quam accepit, fratribus qui in potestate manserunt, conferre debet.

Beide Stellen handeln von demselben Fall. Der Vater hat in der Ehestiftung ausbedungen, daß die Tochter mit der Dos abgefunden, und weiter kein Erbrecht gegen ihn haben soll, was aber für ganz wirkungslos erklärt wird, weil eine solche Beredung allgemeinen Rechtsgrundsätzen

widerstrebt, (juris auctoritate improbatur) und das, was Privatpersonen festsetzen, dem Ansehen der Gesetze nicht gleichgeachtet werden kann: privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri. Das censeri ist in diesem letzten Satze wie aestimari construirt, und der Sinn nicht zweifelhaft [6]). In diesen beiden Gesetzen findet man gewöhnlich ein allgemeines Verbot der Erbverzichte ausgesprochen, und so viel ich weiß, ist Stryke der einzige, welcher behauptet, im römischen Rechte sey dieses Geschäft nicht für ungültig erklärt, und namentlich enthielten die beiden vorstehenden Stellen nichts der Art [7]). Er beruft sich bei dem Beweise seiner Behauptung nicht ungeschickt auf die Clausel: si hereditas fuerit delata, welche die älteren Practiker bei jedem Erbverzicht annahmen, und folgert daraus, daß der Verzicht eigentlich gar nicht auf die Delation der Erbschaft gehe. Doch gehört dieß schon mehr in die Dogmengeschichte; über das reine römische Recht bemerkt Stryke, daß die beiden oben genannten Stellen von keinem eigentlichen Erbverzichte handeln, sondern nur von Beredungen bei einer Ehestiftung, welche nicht zwischen Vater und Tochter, sondern zwischen jenem und dem Schwiegersohne abgeschlossen wurden. Da nun die Tochter, von deren Erbrecht es sich hier handle, bei dem Vertrage darüber gar nicht hinzugezogen worden sey, so könne er auch nicht die beabsichtigte Wirkung haben, und auf keinen Fall für einen Erbverzicht gelten, gegen den sich also im römischen Recht gar kein Verbot finde. Allein es fragt sich eben, ob die Tochter an dem Ehevertrage gar

6) cf. L. 15. §. 1. D. ad Leg. Falcid. — "privatorum cautione legibus non esse refragandum."

7) S. Strykii tractatus de success. ab intestato. Dissert. VIII. cap. 12. §. 40 - 49.

keinen Theil genommen hat. Zwar ward die Dos dem Ehemann bestellt, aber wenn in dem pactum dotale Beredungen vorkamen, welche auch für andere Personen von Interesse waren, so pflegten diese Alle mit hinzugezogen zu werden, wie es ausdrücklich von dem Fall gesagt ist, wenn der Vertrag auf die Rückgabe der Dos ging [8]); und anderswo wird es sogar dem Schwiegersohne angerathen, sogleich bei der Bestellung einer dos profectitia durch den Vater auch die Tochter an der Beredung Theil nehmen zu lassen, obgleich dieß nicht gerade nöthig war [9]). Man hat also durchaus keinen Grund anzunehmen, daß die Tochter der Ehestiftung ganz fremd blieb; es läßt sich im Gegentheil aus dem Angeführten abnehmen, daß sie stets wird hinzugezogen seyn, wenn dadurch der Vertrag erst möglich, oder doch gesichert ward, — wofür auch die Natur der Sache spricht. Hätte es sich damit nun in unserm Fall anders verhalten, so würde es in den obigen Gesetzen schon ganz bestimmt ausgedrückt seyn, denn ohne einen bestimmten Grund wird man nicht annehmen dürfen, daß einseitig über das Recht einer dritten Person verfügt worden ist. In der c. 3. C. cit. findet sich nun auch nicht die geringste Andeutung davon, daß die Tochter an dem Vertrage keinen Theil genommen hat; in der L. 16. D. cit. ließe sich hingegen wohl etwas der Art finden: ja man könnte noch weiter gehen, und diese Stelle überhaupt nicht von einem Vertrage über die Enterbung verstehen, sondern nur von der einseitigen Erklärung des Vaters, wodurch er die Tochter im instrumentum dotale, als wäre es ein Testament (vice testamenti), enterben wollte. Für diese

8) L. 1. §. 1. D. de pactis dotalibus.

9) L. 7. pr. D. eodem.

Auffassung der Stelle könnte man den Gebrauch des Wortes scriptura für pactum, welches hier ausdrücklich vermieden scheint, anführen, und auch im Ausdrucke cautio eine Hindeutung auf die Einseitigkeit der Bestimmung finden. Aber es wäre doch sehr merkwürdig, wenn man in der über einen Vertrag aufgesetzten schriftlichen Urkunde, was doch das instrumentum dotale ist, eine einseitige Willenserklärung vorfände; scriptura kann auch recht gut für den Vertrag selbst gesetzt seyn, und cautio die Bestimmung als den Erfolg des Vertrags bedeuten, wie in der oben angeführten L. 15. §. 1. D. ad Leg. Falc. — Es ist daher natürlicher, die beabsichtigte Abfindung als den Inhalt des Vertrags anzunehmen, und dann braucht man sich auch hier die Tochter nicht von demselben ausgeschlossen zu denken [10]). — Nach römischem Rechte konnte also ein Erbverzicht nicht in eine Ehestiftung aufgenommen werden. Dieß läßt sich nun aber nicht als ein besonderes Recht denken, welches etwa mit der Dotirung verbunden war; sondern es ist der Ausfluß eines allgemeinen Grundsatzes, der so wenig die Enterbung, als die Erbeseinsetzung durch Vertrag zuließ (juris auctoritate improbatur). Gerade bei der Bestellung der Dos mochte der Vater am ersten geneigt seyn, die Tochter zum Verzichte auf seine Beerbung zu bewegen, wie er ja auch im deutschen Rechte am häufigsten bei dieser Gelegenheit vorkommt; denn es mußte ihm der Wunsch nahe liegen, die zurückgebliebenen Kinder gegen die Tochter, welche jetzt eine neue Familie begründen helfen sollte, zu bevorzugen, und in der Abfindung mit der Dos lag eine Billigkeit, welche ein Verzicht, der nicht so

10) cf. **Cujacius** ad lib. XII. Responsorum **Papiniani**, L. ult. D. de suis. (in opp. edit. Paris. tom. I. fasc. II. p. 512.)

motivirt war, nicht einmal ansprechen konnte. War selbst in diesem Fall der Erbverzicht ungültig, so mußte er es um so mehr unter anderen, ihm weniger günstigen Umständen seyn.

Nachdem die Ungültigkeit der Erbverträge nach römischem Recht dargethan worden ist, so bleibt nur noch die Frage zu erörtern übrig, welches denn die Gründe dieser Ungültigkeit waren, — eine Untersuchung, die, wie sich später zeigen wird, für die ältere Jurisprudenz von großer Bedeutung war, jetzt aber, da die Erbverträge auch dem Princip nach als selbständiges Institut eine gemeinrechtliche Geltung erlangt haben, nur ein untergeordnetes Interesse hat. — Betrachtet man die Sache nun einmal ganz im Allgemeinen, so erscheint sie eigentlich gar nicht so verwickelt und schwierig, wie man sie wohl hat machen wollen. Das Erbrecht gehört zu den Rechtstheilen, welche nie ganz der Privatwillkühr überlassen werden können, sondern bis auf einen gewissen Grad einen öffentlichen Charakter haben[11]). Nun haben die Römer es zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen, das Erbrecht sey juris publici, quod pactis privatorum mutari non potest, und daraus die Ungültigkeit der Erbverträge hergeleitet; aber soviel ist doch gewiß, daß sie den Vertrag auf die Beerbung nicht einwirken ließen, und daß dieß bei dem Erbverzichte ausdrücklich daraus erklärt wird, weil er dem Gesetze nicht gleich stehe, das jus successionis nicht verändern könne[12]). Auch von dem Erbeinsetzungsvertrage heißt es in demselben Sinne: hereditas extraneis testamento datur[13]), woraus denn wiederum die Ungültig-

---

11) Vgl. oben §. 3. Note 3.

12) L. 16. D. de suis. — cf. L. 34. D. de pactis.

13) c. 5. C. de pactis conv. tam super dote.

keit des Vertrags zu diesem Zweck hergeleitet wird. Das einzige Mittel, um direct die gesetzliche Erbfolge zu ändern, war das Testament, weil dieß eben die im Gesetze ausdrücklich anerkannte Form dafür war, während dem Vertrag eine solche Sanction fehlte. Fragt man nun noch weiter, was denn eigentlich der Grund war, warum die Römer dem Vertrage nicht dieselbe Macht, wie dem Testamente einräumten; so wird man der Sache nicht viel näher kommen, als wenn man wissen will, warum die Deutschen ursprünglich keine Testamente hatten: es war eben ihren Sitten und ihrer Anschauungsweise nicht geläufig, das Erbrecht durch den Vertrag beherrschen zu lassen. Daher heißt es auch an einigen Stellen, wenigstens vom Erbeinsetzungsvertrage, er sey contra bonos mores [14]). Man muß diesen Ausdruck nicht zu eng nehmen, und ihn nicht bloß auf dasjenige beziehn, was durchaus moralisch schlecht ist. Nicht bloß die eigentliche turpitudo wird so bezeichnet, sondern Alles, was gegen das Gefühl von Anstand und Ehrenhaftigkeit ist, was in Widerspruch steht mit den Ansprüchen, die ein freier Mann an sich und an andere macht. Daher handelt derjenige contra bonos mores, welcher über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten, die er erst zu erwerben hofft, einen Vertrag schließt [15]), weil sich dadurch eine widerliche Begehrlichkeit und Habsucht offenbart, quoniam, wie es heißt, adversus bonos mores et jus gentium festinasset [16]); aber auch der Procurator verfährt nicht besser, welcher Prozesse an sich kauft [17]); und es ward für in-

---

14) L. 61. D. de V. O. — c. 4. C. de inut. stipult.

15) c. 2. C. Th. fam. erciscund.

16) L. 29. §. 2. D. de donationibus.

17) L. 7. D. mandati. — c. 15. C. de procuratoribus.

honestum und contra bonos mores gehalten, die versprochene Eingehung einer Ehe durch eine Strafberedung zu sichern [18]). Auf eine ähnliche Weise, wie in diesem letzten Fall, muß man es sich denken, wenn es von dem Erbvertrage heißt, er sey contra bonos mores. Denn so wie die Ehe eine freie Vereinigung seyn sollte, deren Würde selbst durch einen indirecten Zwang zur Eingehung bedroht ward; so sollte auch der extraneus, der nicht gesetzliche Erbe es nur durch den freien Willen des Erblassers werden, den aber der Vertrag, einmal eingegangen, beherrschte, weil er die voluntas ambulatoria ausschloß. Auf der andern Seite mochte man es eben so wenig für angemessen halten, daß der Römer sich unabänderlich eines Erbrechts begab, welches doch das Gesetz ihm zuwandte, indem dieses nur den letzten Willen des Erblassers, der in der gehörigen Form ausgesprochen war, über sich selbst setzte. So kann man allerdings in einer gewissen Beziehung sagen, die Testirfreiheit der Römer sey die Ursache gewesen, daß sie die Erbverträge für Geschäfte ansahen, welche contra bonos mores waren; nur darf man sich diesen Grund nicht so isolirt denken, sondern muß sich die ganze Anschauungsweise der Römer vergegenwärtigen, um den Ausspruch natürlich zu finden. Im Allgemeinen ward allerdings strenge auf die libertas testamenti faciendi gehalten, worin zugleich die voluntas ambulatoria mit begriffen war [19]), und es ist daher ausdrücklich verboten, daß sich eine Societät über den Tod eines der Gesellschafter hinaus erstrecke, weil da-

18) L. 134. pr. D. de V. O. — Auch diese Bestimmung hat Kaiser Leo nicht begreifen können, und sie aufgehoben; s. Nov. Leonis 18.

19) c. 1. C. de SS. eccl.

durch indirect die Testirfreiheit beschränkt werden würde[20]). Dasselbe wäre auch durch die gesetzliche Anerkennung des Erbeinsetzungsvertrags geschehen, und es wird daher auch ausdrücklich bemerkt, daß ein solcher weder eine Obligation begründen, noch die Testirfreiheit beschränken könne[21]), — was aber wohl mehr als Folge der absoluten Ungültigkeit des Geschäftes, denn als der Grund derselben angeführt wird.

Diese Erörterung wird genügen, um die Ungültigkeit der Erbverträge im römischen Rechte zu erklären, und Hartmann Pistoris[22]) und Hasse[23]) haben sich auch dabei beruhigt. Der Grund, auf den man früher immer besondere Rücksicht nahm, und den namentlich Leyser[24]) mit übertriebener Wichtigkeit behandelt hat, daß die Erb-

---

20) L. 52. §. 9. D. pro socio. (Ulpianus *libro XXXI. ad Edictum.*) Idem (Papinianus) respondit, societatem non posse ultra mortem porrigi: et ideo nec libertatem de supremis judiciis constringere quis poterit, vel cognatum ulteriorem proximioribus praeferre. cf. Cujacius, observtt. lib. X. cap. 25.

21) c. 15. C. de pactis. — S. oben Note 5.

22) H. Pistoris quaest. jur. lib. IV. qu. I. (in opp. Lips. et Francof. 1679. fol.) Da Pistoris zuerst diese Lehre in Beziehung auf das römische Recht genügend behandelt hat; so will ich hier kurz angeben, wie er die Gründe für die Ungültigkeit der Erbverträge nach römischem Rechte zusammen stellt. — Die Erbverträge sind contra bonos mores, und zwar aus drei Gründen: 1) weil sie ein votum captandae mortis enthalten, und es turpe et improbum ist, über die Güter eines Lebenden zu verfügen (das bezieht sich auf die pacta de hereditate tertii); 2) weil die Succession juris publici ist, und nicht durch Vertrag deferirt und adimirt werden kann; 3) weil sie die Testirfreiheit verhindern oder beschränken. Die beiden letzten Gründe treffen den acquisitiven Erbvertrag, der zweite den Erbverzicht. cf. eodem. quaest. 2. et 5.

23) Rheinisches Museum II. 2. S. 156 ff.

24) Leyser, med. ad pand. sp. 43. med. 1. et 2.

verträge nämlich meuchlerische Nachstellungen hervorriefen (ein votum captandae mortis enthielten)[25]), — kann nicht für entscheidend gehalten werden, obgleich die Berücksichtigung solcher Motive in Gesetzen einen tiefen Blick in die Gräuel des römischen Privatlebens zur Kaiserzeit thun läßt.

---

25) c. 11. C. de transact. — c. ult. C. de pactis. — cf. Gajus, lib. II. §. 181.

Drittes Kapitel.

Literärgeschichte.

§. 5.

Romanisirende Auffassung der Erbverträge.

Der eigenthümliche Gang, welchen die Erbverträge, so wie überhaupt die meisten Lehren, die jetzt als Theile des deutschen Privatrechts abgehandelt zu werden pflegen, bei ihrer Entwicklung genommen haben, bringt es mit sich, daß für sie die Literatur eine ganz andere Bedeutung gewonnen hat, als es bei denjenigen Instituten der Fall ist, deren rechtliche Begründung vorzugsweise auf positive Gesetze zurückgeführt werden muß. Wenn es auch einer Monographie, welche sich mit einem solchen Institut beschäftigt, wohl ansteht, der Literatur der Lehre eine besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden, und vielleicht ihrer Betrachtung einen eigenen Abschnitt einzuräumen; so geschieht dieß doch hauptsächlich nur wegen der Anforderung einer gewissen wissenschaftlichen Eleganz, und um den Leser in den Stand zu setzen, frühere Leistungen in derselben Materie beurtheilen, und mit denen des Verfassers vergleichen zu können. Denn da die letzte Begründung einer Meinung allemal in den Quellen selbst gesucht werden muß, so ist die Literatur nur als Hülfsmittel anzusehen, wodurch das Verständniß der Quellen und der richtigen Anordnung ihres Inhalts erleichtert werden; und oft, wenn ein Schriftsteller das Rechte

gefunden und bewiesen hat, kann man füglich jede weitere Beziehung auf andere entbehren. Ganz anders verhält es sich aber in dieser Hinsicht mit den meisten Lehren des deutschen Privatrechts, und namentlich mit den Erbverträgen. Hier erscheint die Literatur nicht bloß als Hülfsmittel zum richtigen Verständniß der Quellen: das ist für sie nur eine untergeordnete Bedeutung; sondern sie wird selbst zur Quelle, und zwar zu einer der wichtigsten, zuweilen sogar zur einzigen. Denn als das einheimische Recht seinen Anhalt in den Volksgerichten verloren hatte, und es galt, vor den Bekennern des fremden Rechts seine Eigenthümlichkeit zu bewahren; so hing sein Schicksal größtentheils davon ab, wie diese es auffassen und würdigen würden. Da war es denn freilich das Einfachste, alle nationalen Rechtsgrundsätze zu negiren oder sie wenigstens mit der Wage des fremden Rechts zu wägen, und nach dessen Inhalt ihre Geltung zu bestimmen. Aber wenn man auch mit den neuen Farben das alte Gemälde zu verdecken suchte, es hatte doch ein zu kräftiges und eigenthümliches Colorit, als daß es nicht dem Neuen etwas von seinem ursprünglichen Tone hätte mittheilen, an einzelnen Stellen aber fast frisch und unverzehrt hervorblicken sollen. Kurz die gelehrten Juristen, welche lange Zeit beinahe unumschränkt die deutsche Jurisprudenz beherrschten, sahen sich gezwungen, zu jenen Ueberresten der alten Zeit und zu den eigenthümlichen, durch neue Bedürfnisse und Verhältnisse hervorgerufenen Erscheinungen eine bestimmte Stellung einzunehmen; diese ward von ihren angesehensten Organen angegeben und nach Kräften begründet, und gab regelmäßig das Maaß ab für die legislativen Bestrebungen und die practische Anwendung des Rechts in den Gerichten. Natürlich war hier aber kein Stillstand möglich: die Ansichten änderten sich mit den Ver-

hältnissen, weil sie zum Theil aus diesen hervorgegangen waren, und nicht auf fest stehenden Gesetzen ruhten; jede Veränderung der Doctrin aber, die nicht bloß der Ausfluß einer isolirten Laune, sondern einer scharf ausgesprochenen Geistesrichtung war, hatte wieder ihre nothwendige Rückwirkung auf die Natur der Institute und Lehren, welche von daher hauptsächlich ihre allgemeine Normirung empfangen mußten. So stellt sich von der Zeit an, wo das fremde Recht übermächtig ward, in der Literärgeschichte dieser Lehren fast ihre ganze Geschichte dar; und das ist vorzugsweise bei den Erbverträgen der Fall, welche nicht, wie z. B. das Lehnrecht, eine unmittelbare Begründung in einheimischen Gesetzen fanden, sondern nur mit Hülfe jener Theorie aus Instituten, deren eigenthümlicher Geist nicht immer bewahrt blieb, sich entwickelt haben.

Es ist nun meine Absicht, die Auffassung und Behandlung der Erbverträge in der Literatur, welche hier als der Repräsentant der Doctrin erscheint, historisch zu verfolgen. Ich will nachweisen, wie man von dem strengen Halten am römischen Rechte ausging; dessen Verbot nach und nach zu beschränken suchte, und endlich das Princip der Lehre in einheimischen Quellen begründet glaubte, und es zur gemeinrechtlichen Geltung erhob. Diese Darstellung zerfällt in zwei Abschnitte: im ersten wird die Herrschaft des römischen Princips und dessen allmählige Beschränkung nachgewiesen (§. 5.); der zweite handelt von der germanistischen Auffassung der Erbverträge und von den verschiedenen Versuchen, sie wissenschaftlich zu begründen (§. 6.).

Vor Allem ist hier nun zu beachten, daß die deutsche Jurisprudenz die Lehre von den Erbverträgen nicht selbständig ausgebildet hat, sondern sie schon in einer gewissen Vollständigkeit von den Italienern überliefert erhielt, deren

Ansichten die Grundlage für die weitere Fortführung des Instituts wurden. Ich will daher zuerst in der Kürze zeigen, wie die Glosse und die beiden für Deutschland wichtigsten Nachfolger derselben, Bartolus und Baldus diese Lehre aufgefaßt haben; daran schließt sich denn die Uebertragung derselben nach Deutschland, und ihre Entwickelung in der deutschen Jurisprudenz an.

Die Glosse faßt das Verbot der Erbverträge ganz allgemein auf, wie unter anderm folgende Stelle zeigt.

Glossa ad L. Pactum dotali. 3. C. de collationibus. *Improbatur.* Quia est de futura successione, quod sive fit de succedendo sive de non succedendo, non valet. — Sed quid si juravit? Respondetur secundum *P.*: tenet. Sed tu dic contra. — —

Hier wird sowohl der Erbeinsetzungsvertrag, als auch der Erbverzicht für ungültig erklärt, und zwar auch dann, wenn der Eid zur Bestärkung hinzugekommen ist. Die entgegengesetzte Ansicht des Placentinus [1]), welche also von der accursischen Glosse noch ausdrücklich verworfen ward, hat indessen, was den Erbverzicht betrifft, der Pabst Bonifaz VIII. wenigstens für den Fall bestätigt, wenn eine dotirte Tochter der Erbschaft ihres Vaters gegen ihn selbst eidlich entsagte [2]), was später allgemein aufgefaßt ward, und lange Zeit hindurch der leitende Grundsatz für

---

1) Placentinus hat allein unter den Glossatoren die Sigle *P.*; s. v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im MA. IV. S. 214.

2) cap. 2. de pactis. in 6. Quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis. Si tamen juramento non vi nec dolo praestito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit. Cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.

diesen Theil der Lehre blieb. — Auch für den Erbeinsetzungsvertrag hat die Glosse noch nicht die Limitationen, durch welche die späteren Juristen, bei der Anerkennung des römischen Verbots im Allgemeinen, doch für manche Arten desselben ihre Geltung zu erlangen wußten; es sind indessen auch schon in der Glosse die wichtigsten Punkte berührt, welche die Veranlassung und Stütze für jene Beschränkungen darboten, so daß sie auch hierin wieder die Grundlage für die spätere Theorie geworden ist. In der Glosse zu einer Institutionenstelle [3]) findet sich namentlich die Veranlassung zur Ausscheidung des conservativen Erbvertrags, indem die altrömische Form der Emancipation mißverstanden, und dem Gesetz der Sinn untergelegt ward, als habe sich der Vater bei derselben sein Erbrecht gegen den Sohn durch einen Vertrag mit diesem vorbehalten können [4]). Bei der Erklärung einer Constitution, welche von dem Vertrage über die Erbschaft eines Dritten handelt [5]), wird die Schenkung des ganzen Vermögens berührt und für gültig erklärt, woran sich später die weitläuftigen Untersuchungen über die donatio omnium bonorum praesentium et futurorum ansetzten. Auch die L. 27. D. de act. E. V. ist schon von der Glosse berücksichtigt worden. Der Fall des Gesetzes ist einfach der, daß jemand einen Sklaven, den er mit dem Peculium verkauft hatte, frei ließ. Da nun dem Käufer, welcher ex empto klagt, Alles geleistet werden muß, was er gehabt haben würde, wenn der Sklave

---

3) *Glossa* ad §. fin. I. de legitima agnat. success. *Contracta fiducia.* — Sic dicendo: jus succedendi in bonis tuis mihi reservo: vel etiam sic: emancipo te contracta fiducia.

4) Das ganze Mißverständniß ist schon vollständig aufgeklärt von H. **Pistoris**, obs. jur. lib. IV. qu. 4. nu. 18.

5) *Glossa* ad L. fin. C. de pactis. verb. *Accommodaverit.*

nicht freigelassen worden wäre, so erklärt es sich leicht, daß der Verkäufer demselben Sicherheit bestellen soll, später Alles herauszugeben, was ihm aus der Erbschaft des Freigelassenen zufallen werde; wobei denn Marcellus die ganz consequente Beschränkung macht, daß das nicht ersetzt zu werden brauche, was der Sklave, wenn er nicht freigelassen worden wäre, auch nicht erworben hätte [6]). Die Glosse findet hier aber das Bedenken, es liege darin ja ein Vertrag über eine zukünftige Erbschaft, und sucht dasselbe auf verschiedene Weise zu entfernen, wobei sie auch nicht übersehen hat, daß es sich hier auf jeden Fall nur von einem Vertrage über die Erbschaft eines Dritten handle. Besonders wichtig ist aber die erste Lösung geworden, welche auch Azo gebilligt hat, daß nämlich der Vertrag über die künftige Erbschaft in diesem Fall deswegen gelte, weil er die nothwendige Folge eines vorhergehenden Contractes sey [7]).

Wir haben schon früher den Bartolus als denjenigen kennen lernen, welcher zuerst ein gewisses System in die Lehre von den Erbverträgen gebracht hat [8]); dem Inhalt nach schließt er sich eng an die Glosse an [9]). Der Erb=

---

6) Vgl. A. Faber, rationalia in pand. ad h. l.

7) *Glossa* ad L. Si quis servum. 23. D. de act. E. V. *Restitutum iri.* Fit ergo hic cautio de hereditate futura, et sic est contra C. de pact. L. fin. *Sol.* ideo pactum de futura successione hic accipe valere, quia non sponte, sed de necessitate imponitur propter praecedentem contractum validum, ex quo mihi tenebaris servum tradere. unde quia fidem fregisti, caves de eo, quod ex hereditate sua perveniet reddi. — — Vel aliter hic consentiente liberto usque ad finem vitae suae. — — Prima solutio potior omnibus est secundum Azo.

8) S. oben §. 1. S. 9 ff.

9) Bartolus de Saxoferrato ad L. Stipulatio hoc modo 61. D. de V. O. — ad L. fin. de pactis.

verzicht wird von ihm jedoch schon nach dem Vorgange des canonischen Rechts für gültig erklärt, wenn er beschworen ist; dem conservativen Erbvertrag weist er seine eigene Stelle an, und auch die donatio omnium bonorum, welche bei dem pactum de succedendo abgehandelt wird, erklärt er für gültig, wenn sie bloß auf die bona praesentia geht, wofür jedoch die Vermuthung seyn soll. Auf die bona futura kann aber eine solche Schenkung deswegen nicht bezogen werden, weil dadurch die Testirfreiheit beschränkt würde, — eine Ansicht, der Baldus[10]), welcher überhaupt in dieser Lehre dem Bartolus fast ganz folgt, als der communis opinio beistimmt. Außerdem hält Bartolus auch noch den wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrag für gültig, jedoch nur in vim ultimae voluntatis und für milites[11]), worin ihm jedoch Angelus insoweit entgegengetreten ist, als dieser den Rittern seiner Zeit ein solches Vorrecht der römischen Soldaten nicht zugestehen will[12]).

Im Allgemeinen stellt es sich nach dieser Erörterung heraus, daß sowohl die Glosse, als die genannten Juristen die Erbverträge nur nach den Principien des römischen Rechts beurtheilten, und auch die Beschränkungen demselben entnahmen. Bloß die Anerkennung der Vorschrift des canonischen Rechts über den beschworenen Erbverzicht macht hiervon eine Ausnahme, womit die Geneigtheit, welche sowohl Bartolus als Baldus zeigen, Zuwendungen an fromme Stiftungen auch in der Form des Vertrags für

10) Baldus de Ubaldis ad L. fin. C. de pactis.

11) Bartolus ad L. Licet. 19. C. de pactis.

12) Angeli de Perusio consilia. (Lugd. 1532. fol.) cons. 179., welches von einer gegenseitigen Zuwendung des ganzen Vermögens handelt; vgl. unten §. 6. Note 37.

gültig zu halten, in Verbindung steht; doch scheuen sich beide, in der letzten Beziehung einen bestimmten Grundsatz auszusprechen. Die Anerkennung des Erbverzichts in einer Form, welche bald in Italien die gewöhnliche ward [13]), half auch der dringendsten Anforderung, welche die Praxis an die Erbverträge machte, ab; da für Zuwendungen die letztwilligen Verfügungen des römischen Rechts immer gebräuchlicher wurden, und die deutschrechtliche Vergabung in dem Gewande der donatio omnium bonorum zu einer, wenn auch sehr beschränkten Geltung gelangen konnte. Ihre eigenthümliche Natur wußten die genannten Juristen freilich nicht zu würdigen, was indessen Anderen etwas besser gelang, wie sich im folgenden §. zeigen wird; auch auf die Statute nahmen sie nur beiläufig Rücksicht, und beurtheilten sie ganz vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus. Daher wird der Vertrag der Weiber, welche durch ein Statut dem Mannsstamme im Erbrechte nachgesetzt, sich mit diesem ein gleiches bedingen, für gültig erklärt, weil er sich als conservativen Erbvertrag darstelle, die Erbfolge des gemeinen Rechts bewahre; wobei Baldus jedoch verlangt, daß derjenige einwillige, zu dessen Besten das Statut die Töchter ausgeschlossen habe. Auch hält er es nicht für erlaubt, daß die Tochter schlechthin auf die Dos verzichte, um ihr Intestaterbrecht zu erhalten; sie müsse sich mit jener begnügen: cum statutum velit, quod dos succedat loco legitimae seu loco portionis debitae [14]).

---

13) Bartolus (ad L. fin. C. de pactis.) sagt ausdrücklich, nachdem er die Bestimmung des Pabstes Bonifaz VIII. angeführt hat: et ideo hodie est consuetudo, quod filiae foeminae faciant pactum de non succedendo et jurant, et valet istud pactum.

14) Baldus ad L. fin. C. de pactis. — cfr. Bartolus, tractatus I. consiliorum lib. 1. cons. 72.

An diese Grundzüge nun schloß sich Ulrich Zasius bei der Behandlung der Erbverträge an, indem er nur im Einzelnen auf die besonderen deutschen Einrichtungen und Verhältnisse Rücksicht nahm, und dadurch zu einigen Abweichungen veranlaßt ward. Da er in dieser Lehre lange Zeit die erste Auctorität für die deutsche Jurisprudenz blieb, so ist eine ausführlichere Darstellung seiner Ansichten hier durchaus nothwendig, welche dadurch sehr erleichtert wird, daß uns von ihm nicht nur eine systematische Bearbeitung derselben, sondern auch ein weitläuftiges Rechtsgutachten über ein besonders wichtiges Institut, das frühe in den Kreis der Erbverträge hinein gezogen ward, hinterlassen worden ist. Beide müssen besonders betrachtet werden.

Zasius[15]) beginnt seine systematische Darstellung mit der Klage über die weitläuftigen Erörterungen der Doctoren über diesen practisch wichtigen Gegenstand: pergamus, sagt er, ad nostram fertilem arenam, quae per Doctores in c. quamvis. (2). de pactis in lib. VIto., in d. L. fi. C. de pactis et in L. praesenti multum diffuse tractatur, fortasse plus quam per mille columnas, si congeramus omnia dicta Doctorum. quia nihil est magis quotidianum. Nos per capita curramus. — Die Eintheilung ist nun ganz die des Bartolus, und auch der oberste Grundsatz seiner Theorie besteht darin, daß das römische Recht das Verbot der Erbverträge enthalte, wovon er nur einzelne Ausnahmen zuläßt. Im ersten Kapitel wird dann vom pactum successionis reservandae gehandelt, worunter zwei Fälle begriffen werden: wer wegen eines begangenen Verbrechens sein Successionsrecht verlieren würde, kann es

---

15) U. Zasius in novum Digestum de V. O. L. stipulatio hoc modo. 61. — Vgl. oben §. 1. S. 10.

sich durch Vertrag erhalten (arg. c. ult. C. de revocand. donat.), und wer ein Successionsrecht hat oder auf ein solches hofft, kann es sich durch Vertrag sichern. Der letzte Fall, welcher weit der wichtigste ist, wird nach dem Vorgang der Italiener aus §. ult. I. de legt. agnat. success. hergeleitet und benutzt, um den bei den Erbverzichten der adlichen Töchter gewöhnlichen Vorbehalt auf den ledigen Anfall, und eine Art der damals in Deutschland üblichen Ehestiftungen unter die Garantie des gemeinen Rechts zu bringen. Im Allgemeinen nämlich verwirft Zasius ganz entschieden jede Erbeseinsetzung in Eheverträgen [16], und gestattet nur solche Veredungen, wodurch der Rückfall der Güter des einen Ehegatten an seine Verwandten bedungen wird, weil hierin bloß die Reservation ihres Erbrechts liege. — Das zweite Kapitel handelt vom Erbverzicht, wobei ein Unterschied gemacht wird zwischen dem

---

16) Selbst einem Gewohnheitsrecht und Statut spricht Z. die Kraft ab, eine Erbeseinsetzung in Ehestiftungen zu gestatten; denn ein Statut vermöge nicht mehr, als ein Vertrag. S. l. c. cap. III. concl. 1. "Fratres! durum est in Germania nostra hoc obtinere, quod in pactis dotalibus non conveniatur de successione acquirenda, cum usque adeo notorie contrarium servetur: effuse enim disponunt de successionibus, tamen in veritate nihil eorum valet. — — Quicquid sit, ego cum juribus maneo, et habui causam in Camera, ubi maritus et conjux in pactis dotalibus sese reciproce fecerunt heredes, quae pacta ego usque adeo improbavi." — Ueber die Gestalt der Ehestiftungen in der Praxis, namentlich auch zur Zeit des Zasius wird im besondern Theil weitläuftiger gehandelt werden; vorläufig s. U. Zasius in Digestum novum de re judicata L. Saepe. 63. nu. 41. — pacta dotalia, in quibus principaliter continentur dos mulieris et donatio propter nuptias mariti: consequenter etiam continentur de consuetudine Germanorum, licet contra jus, multa pacta, ut, si alterutra pars moriatur, quid detur familiae, servis, quo devolvantur haec vel alia bona et multa id genus alia, quae in pactis dotalibus minus principaliter disponi solent.

beschworenen und dem nicht beschworenen. Der erste gilt wegen cp. 2. de pactis in 6., selbst wenn die Tochter keinen Pflichttheil erhalten hat; ausgestattet, dotirt muß sie aber seyn. Auch Söhne können eidlich auf ihr Erbrecht verzichten, obgleich das Gesetz sie nicht ausdrücklich nennt; es schließt sie aber auch nicht aus, sondern handelt nur von dem Verzicht der Töchter als dem gewöhnlichen Fall. Die Tochter muß jedoch auf die Erbschaft der Eltern gegen diese selbst den Verzicht ausstellen; denn thut sie es ohne sie, etwa gegen den Bruder, so treten die Grundsätze der c. ult. C. de pactis ein. — Ist hingegen der Verzicht nicht eidlich bestärkt worden, so kommt es darauf an, ob die Person, welche ihn ausstellte, das ihr Gebührende erhalten hat, z. B. das Kind seinen Pflichttheil, oder ob dieß nicht geschehen ist. Im ersten Fall ist der Verzicht wieder gültig, und zwar wegen L. 1. §. 3. D. si a parente quis manum.[17]), — wobei es aber nicht gerade nöthig ist, daß der Pflichttheil die im gemeinen Recht bestimmte Größe habe, sondern wo particularrechtlich eine andere Berechnung gilt, da geht diese vor. Nam hic habemus aliam legitimam in statutis nostris et jus habet aliam. Auch die Abtheilung der Kinder bei der zweiten Ehe, welche in einigen Statuten vorgeschrieben ist, findet unter diesem Gesichtspunkte ihre gemeinrechtliche Rechtfertigung: quae statuta, heißt es, dicebantur non habere rationem, sed possunt servari per hanc conditionem. — Wenn aber die Verzichtenden nicht das, was ihnen gebührte, erhalten haben, so ist der nicht eidlich bestärkte Verzicht ungültig, was auch bei den adelichen Töchtern gelten muß. Selbst die Aus-

17) Die Glosse und Bartolus haben die Stelle anders verstanden; s. *Glossa* ad L. Pactum dotali C. de collat. verb. *Improbatur.* — Bartolus ad L. ult. C. de pactis.

nahme, welche das longobardische Lehnrecht aufgestellt hat [18]), läßt Zasius nicht zu, weil die ganze Verfügung in Deutschland nicht recipirt sey, wenn sie auch von Einzelnen befolgt würde.

Im dritten Kapitel wird der acquisitive Erbvertrag erörtert, und dafür der Grundsatz aufgestellt: pacta successionis acquirendae etiam juramento firmata non valent Zasius gestattet jedoch zwei Ausnahmen von der Regel: wenn über den Erwerb nur mittelbar, in Folge eines gültigen Hauptcontractes paciscirt wird, indem z. B. die Söhne durch den Verzicht der Töchter zur Erbschaft gelangen (arg. L. 23. D. de act. E. V.); und wenn der Vater vermittelst eines Vertrags seine Erbschaft unter die Kinder vertheilt, was denn eine besonders modificirte ordinatio parentum inter liberos sey, (wobei Zasius aber nicht beachtet hat, daß der Grund der Gültigkeit einer solchen Verfügung nicht im Vertrage liegt). — Auch ein Testament kann durch einen Vertrag, sey es auch ein eidlich bestärkter, nicht unwiderruflich gemacht werden, so wenig als eine donatio omnium bonorum praesentium et futurorum dadurch Gültigkeit gewinnt, weil in beiden Fällen die Testirfreiheit aufgehoben wird, wenn gleich im letzten nur auf indirecte Weise. Hat jedoch jemand unbestimmt alle seine Güter verschenkt, so wird es so interpretirt, als habe er nur die gegenwärtigen gegeben, und dadurch das Geschäft aufrecht gehalten. — Das vierte Kapitel ist dem Vertrage über die Erbschaft dritter Personen gewidmet. Aus dem Angeführten ergiebt sich, daß Zasius streng bei der Methode der Italiener blieb, und Abweichungen von

18) II. F. 29. De filiis natis ex matrimonio ad morganaticam contracto.

dem römischen Princip über die Erbverträge nur dann für gerechtfertigt hielt, wenn sie im römischen Recht selbst oder in dem ihm gleichstehenden canonischen eine, wenigstens vermeintliche Begründung fanden; daß er diese Fälle auch wohl zu benutzen verstand, um einheimische Institute darunter zu colloeiren, aber doch auf diese allein keine Rücksicht nahm, wenn er sie mit dem fremden Rechte nicht zu vereinigen wußte. Betrachten wir jetzt zur Vergleichung das Rechtsgutachten, welches Zasius über eine Erbverbrüderung ausgestellt hat, und zwar über die zwischen Sachsen, Hessen und Brandenburg eingegangene. Diese war von einer durch sie ausgeschlossenen Cognatin von dem Standpunkte des gemeinen Rechts aus angegriffen und Zasius deswegen consultirt worden; doch wollte man auch wohl im Allgemeinen seine Meinung über das ganze Geschäft haben[19]. Das Gutachten geht darauf aus, die Erbverbrüderung als in allen Theilen zu Recht beständig darzustellen, und zerfällt in 3 Kapitel, von denen uns hier besonders das erste interessirt, welches de pacto seu statuto confraternitatis überschrieben ist.

Zuerst wird nun im Allgemeinen von der Verbrüderung, ohne Beziehung auf das Erbrecht, gehandelt, und eine solche, unter der wohl eine Erbeinigung verstanden ist, für

---

19) U. Zasius, responsa et consilia lib. II. cons. 1. (in opp. tom. VI. Francof. 1590. fol.) Nach dem Inhalt des Consiliums selbst kann über seinen Gegenstand kein Zweifel seyn; auch sagt Fr. Hotman (Consilia, apud Eustatium Vignon. Atrebat. 1586. fol. cons. 72. nu. 37.) ausdrücklich, über die genannte hessisch-sächsische Erbverbrüderung habe man den Zasius und Decius consultirt. Joh. Fichard irrt daher, wenn er (Cons. lib. I. cons. 2. nu. 1.) sagt, Zasius habe das angef. Consilium in causa Nassaviensi gegeben, — es sey denn, daß sich das auf die Cognatin, welche die Erbverbrüderung angefochten hatte, beziehen soll.

zulässig erklärt. Dann kommt der Verfasser aber zur Hauptfrage, ob die verbrüderten Fürsten sich gegenseitig durch Vertrag zu Erben einsetzen konnten, wobei auf die ursprüngliche Natur der Erbverbrüderung, welche sich als eine besonders modificirte Vergabung von Todes wegen herausstellt[20]), keine Rücksicht genommen, sondern der Fall ganz bestimmt als eine Unterart des Erbeinsetzungsvertrags aufgefaßt wird. Für diesen gilt ja aber der allgemeine Grundsatz, daß niemand durch einen Vertrag, selbst wenn er eidlich bestärkt worden ist, ein Erbrecht erlangen kann! — "Contra has tam communes opiniones quid dicemus"? Man muß unterscheiden zwischen Privatleuten und Fürsten: bei diesen ist keine solche Ungeschicklichkeit zu befürchten, daß man ihre Verträge, die überhaupt für b. f. negotia gelten, zu controlliren brauchte, die Fürsten stehen ferner als Magistrate des römischen Reichs unter dem öffentlichen Rechte, und werden nicht durch die Gesetze über die Verträge der Privaten gebunden, zumal da man annimmt, daß sie in ihren Territorien so viel vermögen, als der Kaiser im Reich. Außerdem aber werden gesetzliche Verbote ja nicht gegen dasjenige erlassen, was zum öffentlichen Wohle beiträgt, und das thut ein Erbvertrag der vorliegenden Art; wird ja doch auch in vielen andern Fällen aus Rücksichten des öffentlichen Wohls den Gesetzen entgegengehandelt, und wer in diesem Falle die Gültigkeit des Geschäftes nicht anerkennen will, der bedroht den Frieden und die Ruhe der verbrüderten Fürstenhäuser[21]). Auch lassen sich jene Ver-

---

20) S. den ersten Theil dieser Schrift §. 13., und über die sächsisch-hessische Erbverbrüderung daselbst S. 236 ff.

21) Eine eigene Art der Argumentation für einen Juristen, der sonst nur die Regeln des gemeinen Rechts anerkannte! Sed fastidium est, heißt es, in re aperta diffundi. Qui ergo pacta et conventio-

träge füglich als wahre Statute ansehen, und haben also deren Kraft und Wirkung; da nun die Fürsten über die Erbfolge Statute machen können, so müssen auch ihre Verträge darüber gültig seyn. Für die vorliegende Erbverbrüderung spricht aber noch besonders die Gewohnheit, da sie schon seit 150 Jahren befolgt und bewahrt worden ist, und die kaiserliche Bestätigung, welche man für sie erlangt hat. — Diese Gründe machte Zasius geltend, um aus den besonderen einheimischen Verhältnissen die Gültigkeit der Erbverbrüderung zu deduciren; er begnügte sich aber nicht damit, sondern suchte sie auch nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts zu rechtfertigen. In diesem Sinne beruft er sich auf die Privilegien der Soldaten, welche auch den Fürsten und Grafen zuständen [22]); er leugnet ferner die Anwendbarkeit der Gründe, welche dem römischen Verbot der Erbverträge unterliegen, auf den hier behandelten Fall, da bei diesem an mörderische Nachstellung nicht zu denken sey [23]), und die Testirfreiheit nicht aufgehoben werde, indem die Fürsten bei der Erneuerung der Verbrüderung sich die Befugniß, über eine bestimmte Summe zu testiren,

---

nes principum praesentis negotii tenet evertere, is pacem et quietem ab antiquo, imo a vetustissimo tempore inter ducatus praedictorum principum laudabiliter observatam, obturbare pergit et evellere.

22) Wegen c. 19. C. de pactis; vgl. oben Note 11. u. 12. — Uebrigens erklärt sich aus dieser Deduction des Zasius wohl der Zusatz, welcher sich in der Erneuerung der hier behandelten Erbverbrüderung von 1555. findet: — "in der allerbeständigsten Form, Weise und Maaß als solches jure publico militari und sonst zu Recht geschehen kan und mag." — S. Theil I. S. 237.

23) Caeterum tam sinistra vota captandae mortis Italis relinquimus, apud Germanicam integritatem parum cognita. Das erinnert schon leise an die spätere Zurückführung der Erbverträge auf die deutsche Treue.

vorbehalten hätten. — Nachdem der Verf. auf diese Weise zu der Entscheidung gekommen ist, daß die Erbverbrüderung volle Gültigkeit hat, so ist es nur consequent, wenn er sich zuletzt noch dafür ausspricht, daß Weiber durch sie von der Erbschaft ausgeschlossen werden können, ohne daß ein besonderer Verzicht nöthig wäre, wenn sie nur dotirt sind.

Vergleichen wir nun dieses Gutachten mit der von Zasius früher aufgestellten Theorie über die Erbverträge, so finden wir ihn auch hier seinem Grundsatze getreu, diese Geschäfte nur so weit anzuerkennen, als für sie gegen das Verbot des gemeinen Rechts in diesem selbst eine Stütze zu finden war. Es lag ihm aber doch sehr daran, das Geschäft, welches ihm zur Begutachtung vorgelegt war, nach allen Seiten hin zu befestigen, und daher ging er auch auf die einheimischen Rechtsverhältnisse ein, benutzte die Stellung des Contrahenten, um für sie ein besonderes Recht in Anspruch zu nehmen; suchte nachzuweisen, daß die ratio des römischen Verbots hier nicht zutreffe, wobei denn die Regel zur Anwendung gebracht ward: cessante legis ratione, cessat lex ipsa; stellte den hier zur Frage gestellten Vertrag an Kraft und Ausdehnung einem Statut gleich; berief sich auf die gewohnheitsrechtliche Geltung solcher Geschäfte in Deutschland und auf die kaiserliche Bestätigung u. s. w. In dieser Deduction sind die Elemente enthalten, welche des Zasius Nachfolger benutzten, um die Gültigkeit der Erbverbrüderung und ähnlicher Institute gegen die Regel des gemeinen Rechts zu vertreten: man hielt im Allgemeinen an dem Verbot der Erbverträge fest, benutzte aber die Gesetzesstellen, in welchen man gewohnt war, eine Ausnahme zu finden, zu dessen Beschränkung, und ging noch einen Schritt weiter, als Zasius, indem man sich des einheimischen Rechts nicht bloß bediente, um

eine im fremden Recht begründete Ausnahme zu unterstützen, sondern unter Umständen in jenem allein, namentlich in der allgemeinen Gewohnheit einen hinreichenden Grund fand, für einzelne Arten des Erbvertrags vom römischen Princip abzuweichen. Die folgende Darstellung soll hierfür den Beweis liefern, und den Gang, den man dabei genommen hat, auch im Einzelnen veranschaulichen; beides kann dadurch erreicht werden, daß einige der bedeutendsten Juristen hervorgehoben, diese aber nach ihrem Einfluß auf die hier behandelte Lehre vollständig geschildert werden.

Der vorher erwähnte Uebergang zu einer freieren Auffassung jener Geschäfte ist jedoch sehr allmählich und mit großer Vorsicht, auch nicht ohne einzelne Rückschritte geschehen. Betrachten wir zuerst den Erbeinsetzungsvertrag. Gaill[24]) erkennt schon den Eheverträgen die Kraft zu, das Erbrecht der Ehegatten zu ändern, aber nur für den Fall, wenn es in einem Gewohnheitsrecht bestand; Mynsinger[25]) sucht bereits die Gültigkeit eines Statuts, nach welchem kinderlose Ehegatten sich gegenseitig beerben, auch dadurch zu begründen, daß dergleichen durch Verträge ausgemacht werden könne, und man doch a pacto ad legem schließen dürfe; Joh. Fichard aber ist mit sich selber über diese Verhält-

---

24) A. Gaill, pract. observationes, lib. II. obs. 124. — "Possunt enim conjuges consuetudinis vigorem, si quis sit, aut testamento aut pactis dotalibus prorsus tollere, et de rebus suis pro arbitrio disponere." — Der vigor consuetudinis bezieht sich auf die gegenseitige Succession der Ehegatten. — Vgl. eodem obs. 126. und unten §. 6. Note 42.

25) J. Mynsinger a Frundeck, responsa jur. (Basil. 1596. fol.) resp. 14. — "Validum est in jure argumentum a pacto ad legem. Si ergo pacto induci potest, ut conjuges invicem succedant, non extantibus liberis, ergo idem statuto potest fieri et consuetudine."

nisse im Widerspruch. An der einen Stelle[26]) verwirft er ganz die Gültigkeit der Erbverträge in Ehestiftungen, obgleich er schließlich gesteht: totam hanc causam perquam esse ambiguam et disputabilem, und deswegen auch zum Vergleiche räth; anderswo[27]) läßt er ein solches Geschäft unter Landleuten zu, zwar nicht nach der Strenge des Rechts, aber doch nach der Billigkeit: der Grund des römischen Verbots falle hier weg, die Sache geschehe sehr häufig, die Zuwendung sey gegenseitig gemacht worden.

In einem andern Consilium[28]) bestreitet er nicht direct die Gültigkeit einer solchen Erbeseinsetzung, wenn sie nur das eigene Vermögen der Paciscenten betrifft, verwirft aber unbedingt jede weitere Ausdehnung. Trotz dieser Zugeständnisse kommt er doch später wieder auf seine zuerst angeführte Ansicht zurück[29]), und modificirt sie hier nur so, daß die Erbverträge in Ehestiftungen nur in vim ultimae voluntatis gelten, und also nur dann zur Anwendung kom-

---

26) J. Fichard, consilia (Francof. 1590. fol.) tom. I. cons. 35.

27) eodem II. cons. 53.

28) eodem II. cons. 59. "Wenn gleich die meinung der obberührten Rechtsgelehrten passiren sollte, videlicet quod pacta de futura successione dotalibus instrumentis inserta, saltem ex vi communis consuetudinis possint esse valida, welches ich alhie nicht bestreiten wil" u. s. w. — In diesem Consilium kommt auch eine merkwürdige Stelle vor über die Kraft, welche die Praktiker den Urtheilen des Kammergerichts beilegten; Fichard hält sie nämlich so wenig, wie die decisiones Rotae für praejudiciales, und beruft sich dafür auf die eigene Ansicht der Assessoren. "Wie ich dann selber von etlichen Herrn Assessoren, nach dem D. Mynsingers decisiones außgangen, auch sonst noch vil mehr, so geschrieben hin und wider communicirt worden, — — gehört hab, daß sie gesagt, Sie seyen unnd wöllen an dieselben decisiones gar nicht gebunden seyn, sondern in fürfallenden Sachen selbst erkennen, was recht sey." —

29) eodem II. cons. 82.

men, wenn die Paciscenten ihr Recht des Widerrufs nicht ausgeübt haben. Gegen diese Auffassung, welche zuerst von Joh. Sichard [30]) aufgebracht, auf die Lehre von den Eheverträgen einen so großen Einfluß gewonnen hat, hatte Fichard sich früher [31]) ausdrücklich erklärt, und in dem Fall, wo er sich zu ihr bequemte, war gerade von den Eheleuten gelobt worden, daß sie "bey adelichen Treuwen, Ehren und an eines geschworenen Eydes statt" die abgeredeten Artikel halten wollten. Diese Widersprüche lassen sich wohl nicht allein auf die verderbliche Neigung der Respondenten zurückführen, jedesmal der anfragenden Partei sich möglichst gefällig zu zeigen, was denn namentlich, wenn die Sache schon anhängig gemacht war, das Gutachten fast zu einer Advocatenschrift heruntersetzte. Obgleich Fichard von diesem Fehler, welcher der deutschen Jurisprudenz unendlich geschadet hat, und sich nicht mit der Würde und Unabhängigkeit eines respondirenden Juristen verträgt, nicht frei war, wie sich aus seinen Consilien darthun ließe; so hat doch die ganze Art und Weise, wie er die Eheverträge behandelte, etwas so Unsicheres und Schwankendes an sich, wie es sich in juristischen Deductionen zu erkennen giebt, wenn der Verfasser über die Stellung des positiven Rechts zur Praxis nicht ins Klare gekommen ist, von jenem nicht abweichen, diese aber auch nicht übersehen will. Kurz die Erbverträge in Ehestiftungen sind in dieser Periode noch

---

30) J. Sichard in comment. ad L. Pactum dotali. 3. C. de collationibus.

31) Fichard, conf. I. 35. — Uebrigens ließ Fichard in den von ihm verfaßten Statuten die Erbeseinsetzungen in Ehestiftungen nur in vim ultimae voluntatis gelten; s. Frankf. Reformation. Th. 3. Tit. 2. §. 4. und 5. — Solms. Landr. Tit. 18. bei von der Nahmer, die Landrechte des Ober- und Mittelrheins. Frankf. 1831. I. S. 44. und 45.

nicht zur allgemeinen Anerkennung in der Doctrin gelangt, und mußten auch verhältnißmäßig lange darauf warten, weil inzwischen, wie schon erwähnt, sich die Lehre über die pacta dotalia mixta hineindrängte, und große Verwirrung anregte.

Ueber die Erbverbrüderung sprechen sich die oben angeführten Juristen entschiedener aus, als über die Eheverträge. Gaill [32]) vertheidigt sie fast ganz mit den Gründen des Zasius, und auch Fichard [33]) erklärt sie unbedenklich für gültig, während Mynsinger [34]) in einem Gutachten (welches aber, wenn man den Stand der damaligen Doctrin betrachtet, als eine reine Parteischrift erscheint), alle Bedenklichkeiten, welche das gemeine Recht darbot, geltend machte, um die Nichtigkeit eines solchen Geschäftes darzuthun. — Auch die Einkindschaft wird anerkannt, und zwar von Fichard, der sie jedoch nicht als Erbvertrag auffaßt, als ein allein durch das Gewohnheitsrecht begründetes Institut [35]), während Gaill [36]) freilich ebenfalls die Gewohnheit anerkennt, und das Geschäft gegen das römische Verbot der Erbverträge bestehen läßt, jedoch nur ad

---

32) Gaill, pract. obs. II. obs. 127.

33) Fichard, cons. II. 45.

34) J. Mynsinger, responsa juris, resp. 49.

35) Fichard, consilia II. cons. 89. Eltern und Kinder, welche beide für rechte natürliche gelten, beerben sich gegenseitig; erstere verlieren aber die Testirfreiheit nicht, und brauchen den Kindern nur den Pflichttheil zu hinterlassen. Ueber den Grund der Gültigkeit heißt es: "Deswegen ist solcher Contract nur durch einen brauch per consuetudinem, und allein in unser Teutschen Nation, doch auch nicht allenthalben, sondern allein in etlichen wenigen Chur- und Fürstenthumen, Herrschafften und Stätten — — eyngerissen, also, daß er nunmehr für ein Landtrecht gehalten wirdt." — cfr. eodem. I. cons. 74.

36) Gaill, pract. observatt. lib. II. obs. 125.

exemplum arrogationis vel adoptionis, und mit genauer Beobachtung der Form, welche seit der Mainzer Untergerichtsordnung von 1534. für diese Lehre zur gemeinrechtlichen ward, wenigstens von ihren Bearbeitern [37]) als solche dargestellt ward. — Auf eine eigenthümliche Art suchte noch Gaill [38]) die wechselseitige Zuwendung des Vermögens durch Vertrag als gültig darzustellen, womit er auch manchen Anklang fand; ich verschiebe die weitere Erörterung dieses Punktes aber auf den folgenden Paragraphen.

So sehen wir den Erbeinsetzungsvertrag in seinen besonderen Erscheinungen nach und nach zu einer, wenn auch noch beschränkten und bezweifelten Selbständigkeit sich erheben. Aehnlich ging es mit dem Erbverzicht: daß der beschworene gelte, ward von allen anerkannt [39]); aber anstatt dieser Vorschrift des canonischen Rechts bereitete sich noch eine andere Form der Bestärkung vor, welche für die ganze Lehre von großer Bedeutung ward. Man machte es nämlich zum Gegenstand einer vielfachen Erörterung, ob ein Verzicht, welcher bei fürstlichen, gräflichen, oder adelichen Ehren ausgestellt war, dieselbe Wirkung mit dem durch einen Eid bestärkten habe. Mynsinger [40]) beruft sich schon auf ein Urtheil des Reichskammergerichts von 1545.,

---

37) Die beiden wichtigsten älteren Schriften über die Einkindschaft sind: Jac. Riekius ab Arweyler, de unione prolium. Coloniae Agripp. 1580. in 8. min. — Barth. Musculus, de success. conventionali et anomala, classis primae membrum tertium, quo pactum unionis prolium explicatur. Jenae 1607. in 4.

38) Gaill, pract. observatt. lib. II. obs. 126.

39) Gaill, pract. observationes, lib. II. obs. 147. — Mynsinger, responsa jur. resp. 96. — Fichard, consilia II. cons. 52. — Car. Molinaeus, consilia et responsa. I. cons. 15.

40) Mynsinger, singularium observationum Judicii imperialis camerae centuriae quatuor. (Basilea 1563. fol.) cent. I. obs. 17.

welches die gewohnheitsrechtliche Norm, daß ein Gelübde bei fürstlichen Ehren und Würden dem Eide gleich stehe, anerkannt habe, und läßt sogar in den Gegenden des sächsischen Rechts den nicht beschworenen Erbverzicht auch ohne jene Bestärkung gelten [41]); aber in diesem raschen Fortgange, welcher bald zur allgemeinen Verwerfung des römischen Verbots hätte führen können, blieb die Sache nicht. Fichard [42]) stützte sich wieder auf die kammergerichtliche Praxis, um die eidliche Bestärkung als nothwendig darzustellen, obgleich er in einem andern Consilium [43]) den schriftlich an Eides statt ausgestellten Verzicht für gültig erklärte, und wenigstens den Eid da für überflüssig hielt, wo das Gewohnheitsrecht es so eingeführt habe [44]).

Auch Matthias Wesenbeck [45]) hielt sich streng an das canonische Recht, und räumte der Clausel: "Alles bey meinen Adelichen ehren, treuwen und glauben stete, veste und unverbrochen zu halten", nur dann gleiche Wirkung mit dem Eide ein, wenn dessen körperliche Leistung nicht ausdrücklich verlangt sey. Die marburger Juristen hingegen zeigten sich geneigt, den Verzicht, welcher "bei guten wahren Trewen und Glauben an Eydes statt" ausgestellt war, für vollgültig und dem beschworenen gleich zu achten, wo-

41) Wegen sächs. Landr. I. 13.; s. Mynsinger, responsa jur., resp. 33.

42) Fichard, consilia I. cons. 55. Einige Adliche sagten wohl, es komme auf den Eid nicht an, das gegebene Wort gelte ihnen gleich; aber fast allgemein bequemten sie sich doch zum Eide. Das RKG. habe auch 1549. ein Erkenntniß des Hofgerichts in Heidelberg in diesem Sinne umgestoßen. — cf. eodem II. 81.

43) eodem I. cons. 54.

44) eodem I. cons. 35.

45) Matth. Wesenbeck, consilia juris (Basil. 1575. fol.) cons. 11. 38.

für sie sich schon ähnlicher Beweisgründe bedienten, wie die späteren Juristen für die allgemeine Gültigkeit der Erbverträge [46]. — Auch die Frage, wie sich das Recht eines Pflichttheilberechtigten nach dem von ihm ausgestellten Verzicht auf die Erbschaft gestalte, ward von den bisher genannten Juristen nicht erledigt, ja zum Theil nicht einmal so frei behandelt, wie es bereits von Zasius geschehen war. Man faßte diesen Gegenstand regelmäßig nicht unter dem Gesichtspunkt des Notherbrechts auf, sondern behandelte ihn nach den damals herrschenden Ansichten über die laesio enormis und enormissima, was sich theils aus der besonderen Beschaffenheit des Geschäftes erklärt, theils aus dem im Allgemeinen nicht gar häufigen Gebrauch der Testamente, theils aus der ehrfurchtsvollen Scheu vor der legitima als dem debitum naturale, dem auf keine Weise zu nahe getreten werden dürfe. Die Sache war bei dem allgemeinen Brauche des Adels, die Töchter mit einer Dos in Geld auszusteuern, und dann auf die Erbschaft verzichten zu lassen, sehr bedenklich, und Gaill [47] sagt auch

---

46) Consilia Marpurgensia, edd. Herrm. Vultejus. (vol. I. Marpurgi 1630, (zuerst 1605.); vol. II. Marp. 1613. (1606.); vol. III. Marp. 1614. (1607.); vol. IV. Francof. 1631.). Hier ist besonders wichtig vol. IV. cons. 30. (von H. Vultejus), wo er sich für die Geltung des unter der oben erwähnten Clausel aufgestellten Erbverzichtes besonders auf die deutsche Treue und die Uebung des Adels beruft. "Hujus germanicae fidei, heißt es am Schluß, honestatis et gravitatis antiquae in his ipsis renunciationum terminis nobis praebet gravissima et honestissima gens Saxonum, ex cujus jure renunciationes judicialiter vel eorum testibus factae sustinentur et validae sunt, etiamsi juramento munitae non sint. Landrecht I. 13." — cf. eodem vol. I. cons. 17. 27. — In wieweit Vultejus aber bei der Behandlung dieser Lehre sich consequent geblieben ist, werden wir gleich sehen; vgl. unten Note 54. und 64.

47) Gaill, pract. observatt. II. obs. 147.

ausdrücklich, die enormis laesio sey bei den Erbverzichten der Töchter das Gewöhnliche. Jedoch hält er sich an das canonische Recht, welches nur den eidlichen Erbverzicht einer filia dotata gestattet, und nimmt hier eine dos congrua an, d. h. eine solche, welche dem Pflichttheile gleich komme. Ein Verzicht ohne Dotirung sey ipso jure nichtig; die übermäßige Läsion berechtige aber, Restitution zu verlangen, welche das Kammergericht auch ohne Absolution vom geleisteten Eide zu bewilligen pflege [48]). Die schwierige Frage blieb dann nur, wann die Tochter übermäßig verletzt sey; man sollte denken, wenn sie den Pflichttheil nicht voll, oder wenigstens nicht zur Hälfte erhalten hatte: aber Gaill läßt die Sache ziemlich im Unbestimmten [49]). Auch die andern Juristen, welche sich mit dieser Sache beschäftigten, haben sie nicht viel weiter gebracht. Mynsinger [50]) nimmt an, daß in einem Verzicht auf die Erbschaft noch nicht der auf den Pflichttheil liege, wenn dessen nicht besondere Erwähnung geschehen sey; er scheint also doch zuzugeben, daß das geschehen könne, schwankt aber wieder

---

48) Die Dos darf nach Gaill a. a. O. nicht geringer als der Pflichttheil seyn, auch wenn die Verzichtende nicht mehr minderjährig war; — quia ex enormi vel enormissima laesione, puta si ultra dimidium decepta sit, dolus praesumitur, cui enormi laesioni non posset etiam filia in specie renunciare. Imo in Camera restitutio in integrum conceditur, probata enormi laesione, etiam sine absolutione a juramento, cum tale juramentum sit captiosum, injustum et contra bonos mores juris canonici, et sic non obligatorium.

49) Gaill, l. c. — Dicitur autem filia enormiter laesa, si pro modica dote non continente legitimam renunciavit amplissimae haereditati paternae; et omnium maxime, si pluribus haereditatibus renunciavit, utputa non solum paternae, sed etiam maternae, fraternae et collateralium, a quibus nihil subsidii vel loco dotis aut alimentorum accepit.

50) Mynsinger, singul. observatt. cent. I. obs. 36.

an einer andern Stelle, ob eine Läsion das Geschäft ungültig mache, oder nur zur Klage auf die Ausfüllung des Pflichttheils berechtige [51]). Für das Erstere entscheidet er sich jedoch in dem Fall, wenn Dolus die Verletzung herbeigeführt hatte, und also auch wohl, da man zu seiner Zeit in der laesio enormis einen dolus ex re fand, wenn diese vorlag. Fichard [52]) spricht sich an einer Stelle entschieden für die Klage zur Ergänzung des Pflichttheils aus, und läßt sie dann zu, wenn bei dem Verzicht der Töchter die Dos dem Pflichttheil nicht gleich kam; anderswo [53]) aber erklärt er das Geschäft für ungültig, wenn die eine Partei durch den Verzicht entweder über die Hälfte verletzt sey oder den Pflichttheil nicht bekommen habe. H. Vultejus [54]) giebt eine Klage auf das, quod doti congruae et legitimae deest, selbst dann, wenn die Tochter nach dem Familienstatut mit einer geringeren Summe von der väterlichen Erbschaft abgefunden ist, für welchen Fall man sich doch schon weit früher in die Verminderung des Pflichttheils gefunden hatte [55]). Auch weiß er, obgleich er zu Anfang den Grundsatz aufgestellt hat, die dos congrua müsse dem Pflichttheil entsprechen, doch nicht recht das Maaß für die übermäßige Läsion zu finden, und unterscheidet zwischen einer laesio tenuis vel enormis et enormissima, letztere sucht er zu fixiren, läßt sie aber doch eigentlich ganz unbestimmt [56]).

---

51) Mynsinger, responsa jur. resp. 56.

52) Fichard, consilia I. cons. 57.

53) eodem II. cons. 4.

54) Consilia Marpurg. II. cons. 29.

55) cfr. Baldus ad L. Filium quem habentem. 24. C. fam. ercisc. nu. 44. — Mynsinger, responsa jur. resp. 10.

56) Consilia Marpurg. II. cons. 29. — Laesio enormissima

Dieser Entwicklungsgang, den die Lehre von den Erbverträgen nach Zasius genommen hatte, indem ihre Gültigkeit für einzelne Fälle theils aus singulären Bestimmungen des römischen Rechts, theils aus den deutschen Gewohnheiten deducirt ward, mußte natürlich eine andere Richtung einschlagen, sobald eine schärfere und gründlichere Exegese die Unhaltbarkeit der Erklärungen nachwieß, welche man sich für die betreffenden Stellen des römischen Rechts erlaubt hatte. Dieser Anhalt fiel dann weg, und es mußte darauf ankommen, ob dem andern eine desto umfassendere Wirksamkeit beigelegt, oder der ganzen Lehre eine beschränktere Anerkennung zu Theil ward. Hartmann Pistoris übernahm es, die Beschränkungen, welche man im römischen Rechte selbst von dessen Verbot zu finden glaubte, zu entfernen. Er führte zuerst die Gründe dieses Verbots auf den richtigen Gesichtspunkt zurück [57]), und ging dann die einzelnen Arten der Erbverträge durch, welche man seit Bartolus in das System aufgenommen hatte. Den acquisitiven Erbvertrag [58]) ließ er wegen c. 19. C. de pactis für Soldaten zu, und zwar allgemein, weil die ratio legis hier generalis sey, und nicht bloß auf die wechselseitige Einsetzung passe; andere Ausnahmen müßten, wenn sie für rechtsbeständig gelten sollten, ihre Begründung aus den Statuten und dem Gewohnheitsrecht erhalten. Eine allgemeine Gewohnheit erkennt er jedoch für diese Geschäfte nicht an, selbst nicht für den wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrag, und auch dann nicht, wenn er in Ehestiftungen

---

dicitur, cum duplo vel triplo vel ad summam quadruplo minus detur, quam dari debuit. — Nonnulli laesionem enormissimam eam dicunt, quando id, quod erat dandum, multum excidit dimidium ejus.

57) Hartm. Pistoris, quaestiones juris, lib. IV. qu. 1.

58) eodem qu. 2.

war beredet worden[59]); nur den Erbverbrüderungen ist auch Pistoris geneigt eine gemeinrechtliche Gültigkeit beizulegen, und zwar wegen ihrer allgemeinen Verbreitung und ihrer besonderen Natur und Beschaffenheit. — Den conservativen Erbvertrag[60]) läßt er gar nicht als besondere Art gelten, weil er entweder ein Erbrecht gebe und dann unter das römische Verbot falle, oder gar kein neues Erbrecht constituire, sondern nur den Grund einer zu befürchtenden Enterbung entfernen solle, wo es denn aber eben kein Erbvertrag sey. — In den vier letzten Quästionen wird dann noch weitläuftig über den Erbverzicht gehandelt[61]), und für diesen unbedingt der Eid, den selbst das Gelübde bei Ehren und Treuen nicht ersetzen kann, zur Gültigkeit verlangt; ja sogar nach dem sächsischen Landrecht sey er nicht überflüssig, da die betreffende Stelle (I. 13.) nur von dem Geschäft im Allgemeinen, nicht von seiner Form handle[62]). Das giebt Pistoris indessen bereitwillig

59) Auch in Ehestiftungen, heißt es a. a. O., kann keine Erbeseinsetzung vorkommen. "Et quamvis aliqui consuetudine aliter receptum esse profiteantur, hi tamen de particulari loci alicujus consuetudine loquuntur." — Ueber den wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrag äußert sich Pistoris: et quantum ego quidem memoria repetere possum, quotiescunque in judiciis de pactis ejusmodi reciprocis incidit quaestio, illa semper juxta juris communis regulas non valere, judiciatum fuisse memini.

60) eodem qu. 4.

61) eodem qu. 5 - 8.

62) eodem qu. 5. Als Grund dieser Interpretation des sächsischen Landrechts wird angegeben: Verba enim statuti secundum jus commune et quidem ita interpretanda sunt, ut huic, quoad fieri potest, minus derogent. Et ita consuetudo fori saxonici observat. — Dieser Grundsatz stand aber freilich mit der gewöhnlichen Auffassung des sächsischen Rechts, der auch H. Pistoris an andern Stellen huldigte, in Widerspruch, und zog ihm den Tadel des B. Carpzov

zu, daß, wo die Bestimmung klar ist, Statute und Gewohnheiten den Eid entbehrlich machen können. Nach gemeinem Recht kann aber der Notherbe, welcher ohne Eid verzichtet hat, seine Intestatportion fordern, und das Testament, in welchem er nicht ausdrücklich instituirt worden ist, umstoßen, auch wenn ihm anderweitig der volle Pflichttheil ausgewiesen wäre. Ganz anders verhält es sich aber mit dem beschworenen Erbverzicht nach cap. 2. in 6. de pactis [63]); zwar berufen sich auch die, welche hier dem Kinde noch einen Pflichttheil zusprechen, so gut wie ihre Gegner auf eine communis opinio; aber man muß sich gegen sie erklären. Denn das Gesetz, welches zwar nur von den Töchtern handelt, aber auch auf Söhne und andere Erben ausgedehnt wird, schließt jeden Regreß aus, und läßt den Vertrag allgemein gelten; könnte nun der Pflichttheil gefordert werden, so fände auch noch ein Regreß statt. Der Pflichttheil ist ja auch pars portionis ab intestato, und niemand hat daher einen Anspruch auf ihn, der aus irgend einem Grunde um sein Intestaterbrecht gekommen ist. Hat der Erbe also für seinen Verzicht auch nichts erhalten, so ist das Geschäft doch gültig, weil nach dem canonischen Rechte nicht die Dos, sondern der Eid sich als das wesentliche Erforderniß herausstellt; deswegen ist auch jede Einmischung der laesio enormis hier unzulässig. Wenn die Tochter jedoch keine Dos erhalten hat, so steht

---

zu; s. dessen jurisprudentia forensis romano-saxonica, p. II. const. 35. def. 8. Sed memor esse debuisset H. Pistoris ejus, quod dicit p. II. qu. 25. nu. 35. et qu. 26. nu. 18., et alibi multoties inculcat, auctoritatem nempe et intellectum juris saxonici in solo usu ac observantia fori consistere. Atqui renunciationem successionis absque juramento etiam factam in foro saxonico validam haberi, jam dudum docuit observantia fori saxonici.

63) eodem qu. 6.

es ihr frei, diese noch nach dem Verzicht zu fordern, weil sie unabhängig vom Pflichttheil ist; es kann jedoch auch auf sie verzichtet werden, nicht aber auf die Alimente. — Pistoris handelt noch andere Fragen gründlich ab, z. B. wann ein Vertrag über die Erbschaft eines Dritten mit dem Verzicht verbunden, oder in demselben enthalten sey, und was das für Wirkungen habe; auf welche Weise der Verzicht das Erbrecht aufhebe u. s. w. Ich verspare indessen diese Punkte auf die weitere Ausführung im besondern Theil, da es mir hier nur darauf ankommt, den allgemeinen Gang der Behandlung unserer Lehre in der Doctrin darzulegen; so daß ich auch die Art und Weise, wie man bei den Erbverzichten den Pflichttheil berücksichtigte, nur deswegen in diese Darstellung hineingezogen habe, um es dem Leser deutlich zu machen, wie man sich in dieser Periode bei der Erörterung einzelner Fragen benahm.

H. Pistoris erkannte also noch das römische Verbot der Erbverträge als Regel an, und zwar in einem weitern Umfange, als es vor ihm manche Juristen gethan hatten: den Erbverzicht führte er auf das canonische Recht zurück, einzelne Arten des Erbeinsetzungsvertrags ließ er zwar im Particularrecht gelten, nahm aber nur für die Erbverbrüderung eine gemeine Gewohnheit an. So lange nun noch das Princip des römischen Rechts die Grundlage dieser Lehre blieb, war Pistoris, der seinen meisten Vorgängern und Nachfolgern an Consequenz, Schärfe und Gelehrsamkeit überlegen war, die Stütze der Doctrin. H. Vultejus [64]) ging in einem rechtlichen Bedenken über eine Erbverbrüderung ganz auf die von ihm ausgesprochenen Grundsätze ein, und that sogar noch einen Schritt weiter zurück, indem

64) Consilia Marpurgensia, IV. cons. 20.

er selbst der Erbverbrüderung ihre gemeinrechtliche Gültigkeit absprach. Auch Carpzov folgte in dieser Lehre fast ganz (vgl. oben Note 62.) dem Pistoris: er behielt das römische Verbot als die Regel bei [65]), schloß den conservativen Erbvertrag aus [66]), und ließ nur die Erbverbrüderung [67]) und die Einkindschaft [68]), auf welche letztere sein Vorgänger gar keine Rücksicht genommen hatte, als gemeinrechtliche Institute bestehen, während er den Erbeinsetzungsvertrag selbst unter Ehegatten für ungültig erklärte [69]). Natürlich wurde auch von ihm die selbständige Geltung particularrechtlicher Normen, unabhängig vom römischen Recht anerkannt, wie er selbst denn ja seine Hauptthätigkeit im Civilrecht auf die Entwicklung des sächsischen Rechts verwandt hat. — In welchem Ansehn sich aber des Pistoris Theorie über die Erbverträge lange Zeit erhalten hat, zeigt das weitläuftige Werk des Johann Torre [70]), eines Italieners, welcher, wenn er vor lauter Allegationen und Controversen, die ganz im Geschmack der älteren Schule gehalten sind, zu einem Resultate kommt, fast immer dem sächsischen Juristen beistimmt.

---

65) B. Carpzov, jurisprudentia romano-saxonica secundum ordinem constitutionum D. Augusti electoris Saxoniae (Lipsiae 1674. (zuerst 1638.) fol.) p. II. const. 35. def. 17. — p. III. const. 5. def. 22.

66) eodem p. II. const. 35. def. 22.

67) eod. def. 25.

68) B. Carpzov, responsa juris electoral. (Lipsiae 1642. fol.) lib. V. tit. 1. resp. 6.

69) eodem resp. 5. cf. resp. 65.

70) Joannis Torre, nobilis Lucensis, excelsi ducalis consilii Placentiae praesidis, tractatus tripartitus de pactis futurae successionis. Coloniae Allobrogum apud fratres de Tournes. 1699. fol.

§. 6.
Germanistische Auffassung der Erbverträge.

Wir haben im vorigen §. die Literärgeschichte dieser Lehre so weit verfolgt, bis sie, zwar noch festhaltend am römischen Verbot, doch schon einzelne Arten der Erbverträge, welche ihre Begründung bloß im Gewohnheitsrecht und den Statuten fanden, als selbständige Institute anerkannte, wenn sie auch noch sehr vorsichtig war, ihre Gültigkeit weiter zu fassen, als es eine particularrechtliche Norm überhaupt gestattet. Wir haben es jetzt mit der weitern Entwicklung dieser Lehre zu thun, und nachzuweisen, wie sich die Doctrin von dem römischen Verbote der Erbverträge ganz lossagte, und ihre gemeinrechtliche Geltung als das Princip aufstellend, dessen Begründung aus einheimischen Rechtsquellen versuchte, so daß, was früher als die Ausnahme erschien, sich zur Regel erhob, welcher die besonderen Arten des Geschäftes untergeordnet wurden.

Der erste, welcher dieser Auffassung der Erbverträge, namentlich in Beziehung auf den Erbeinsetzungsvertrag bedeutenden Vorschub leistete, ohne jedoch das Princip selbst schon auszusprechen, war Franz Hotman. Er hatte ein Gutachten abzugeben über eine Erbverbrüderung, welche nach seiner Darstellung zu urtheilen, wohl in der Form einer deutschrechtlichen Vergabung, wie sie ursprünglich allgemein für ein solches Geschäft galt [1]), gefaßt war [2]). Daß nun

1) S. den ersten Theil dieser Schrift, §. 13.

2) Fr. Hotomanus, consilia. (apud Eustatium Vignon Atrebat. 1586. fol.) cons. 72. Hier wird das gerade zur Begutachtung vorliegende Geschäft so bezeichnet: Unus alteri et alter alteri jure

Hotman diese Erbverbrüderung als rechtsbeständig darzustellen sucht, und sich dabei auf die deutsche Gewohnheit und auf deutsche Juristen, namentlich den Zasius beruft, interessirt uns hier weniger; sehr wichtig ist aber der eine Grund, den er für die Gültigkeit eines solchen Geschäftes anführt: es gebe bei den modernen Völkern ein den alten Juristen ganz unbekanntes Institut, nämlich eine vertragsmäßige Erbfolge, und also auch Erben aus einem Vertrage (heredes conventionales). An sich bedeutet diese Aeußerung, für welche ein französischer Praktiker, Masuerius, als Auctorität angeführt wird, nicht gar viel; denn Hotman hatte gar nicht die Absicht, damit die allgemeine Gültigkeit des Erbeinsetzungsvertrags behaupten zu wollen; er nahm den Ausdruck vielmehr nur für einzelne Arten desselben, namentlich für die Erbverbrüderung in Anspruch, was gerade bei dem vorliegenden Geschäfte, welches er selbst vorher als eine donatio, cujus effectus post mortem est collatus, bezeichnet hatte, unpassend war. Auch zeigt sich derselbe Gelehrte überhaupt in seinen Consilien nicht gerade als eine sehr gewichtige Auctorität, indem er z. B. in einem derselben[3]) die Gültigkeit eines beschworenen Erbverzichts gegen die Grundsätze des canonischen Rechts an bekämpft, obgleich sie zu seiner Zeit von keinem Legisten mehr bezweifelt ward; so daß er auch nichts dagegen aufzubringen weiß, als gehässige Anschuldigungen gegen den Urheber des cap. 2. de pactis in 6., und die entschiedene Praxis der Parlamente,

---

donationis inter vivos irrevocabiliter promittit; ferner: donantes ex nunc prout ex tunc sibi et e converso et eorum descendentibus etc. — Diese Worte und noch mehr der ganze Zusammenhang deuten darauf hin, daß die Erbverbrüderung vermittelst der Auflassung geschlossen war.

3) l. c. cons. 8.

die er selbst anerkennt, mit dem Satz wirkungslos zu machen glaubt: judicandum est non ex multitudine, sed ex scientia. Also nicht wegen der Bedeutung, die Hotman als Praktiker hatte, ist sein Ausspruch über die heredes conventionales für uns wichtig, sondern weil sie in die deutsche Doctrin überging, und hier für die selbständigere Auffassung der Erbverträge einen Anhalt darbot. Zwar H. Pistoris[4]) tadelt den Hotman noch wegen seiner Aeußerung; aber Barth. Musculus[5]) schrieb schon eine Abhandlung de successione conventionali et anomala, worunter er eben, indem er sich ausdrücklich auf Hotman beruft, die vertragsmäßige Erbfolge versteht[6]). Zwar ist auch er noch nicht zur allgemeinen Anerkennung des Erbeinsetzungsvertrags gelangt, da er die Regel des römischen Rechts nur als beschränkt darstellt[7]); aber er giebt den Ausnahmen doch schon einen weiten Raum, und führt

---

4) H. Pistoris, quaestiones juris, lib. IV. qu. 2. — Nimis igitur generaliter locutus fuit Hotomanus, et propterea etiam neutiquam ei adstipulandum. Pistoris scheint nämlich in Hotman's Worten eine allgemeine Anerkennung der concessio conventionalis gefunden zu haben, wogegen aber der Zusammenhang ist.

5) Bartholom. Musculus, de successione conventionali et anomala classis prima. Jenae 1607. in 4. — Zuerst werden einige generalia abgehandelt; membrum II. hat den Erbverzicht der Weiber zum Gegenstand; membr. III. ist besonders erschienen (Jenae 1607. in 4.; s. oben §. 5. Note 37.) und handelt von der Einkindschaft.

6) l. c. class. I. membr. I. concl. 1. Definimus successionem anomalam, quod sit successio a communi et regulari jure civili, feudali *vel saxonico* per speciale personarum pactum aut locorum statuta et consuetudines exorbitans, naturam ultimarum voluntatum participans. — Die successio conventionalis ist also eine Unterart der succ. anomala.

7) l. c. concl. 3. Hier wird der Grundsatz aufgestellt: pactis privati hominis successio regulariter non defertur.

namentlich die Gültigkeit des Erbverzichts nicht allein auf das canonische Recht zurück, sondern auch auf die deutsche Gewohnheit, auf einzelne Particularrechte, namentlich das sächsische, dem schon in gewisser Beziehung für den Umfang seiner Gültigkeit die Bedeutung des gemeinen Rechts beigelegt wird, und auf die Praxis des Reichskammergerichts [8]). Daher wird der Eid auch nicht als unbedingt nothwendig, sondern nur als dabei gewöhnlich erwähnt; er sey zwar nach canonischem Rechte vorgeschrieben, nicht aber nach sächsischem Landrecht, wo der Verzicht vor Richter und Zeugen genüge; auch außerhalb Sachsens gestatte das Gewohnheitsrecht oft den unbeschworenen Erbverzicht, und das adeliche Gelübde bei Ehren und Treuen stehe jedenfalls dem Eide gleich; ja nach altem Sachsenrecht wären die Weiber eigentlich ipso jure von der Erbschaft ausgeschlossen gewesen, was auch noch in einigen Gegenden von Schlesien gelte. — Man sieht, wie in dieser Darstellung schon Alles auf die volle Anerkennung des Erbverzichts hindrängt; und namentlich die letzte Bemerkung weist schon bestimmt auf die Ansicht späterer Germanisten über den Erbverzicht adelicher Töchter hin.

---

8) l. c. membr. II. concl. 4. — Et quidem de renuntiationibus foeminarum ex instituto prius agendum. Has licet jus civile ignorat, imo rejicit, agnoscit tamen et probat Germaniae nostrae consuetudo bona ratione pro conservanda illustrium et nobilium familiarum dignitate recepta. — concl. 5. Fundamentum insuper habet haec conventionalis successionis species non solum in jure canonico, sed et saxonico, locorum et civitatum statutis ipsoque augustissimo camerali judicio. Et solet interposita jurisjurandi religione, dote congrua constituta, a nobilibus ut plurimum et illustribus personis de bonis avitis et immobilibus frequentari. — Daß Musculus den Erbverzicht zu einer species successionis macht, muß man ihm schon nachsehen.

Wer zunächst unsere Aufmerksamkeit verdient, ist David Mevius, sowohl wegen seines großen Einflusses auf die Praxis, als auch wegen der neuen Stellung, die er der Lehre von den Erbverträgen gab. Jedoch stimmen seine Ansichten über diesen Gegenstand, die sich an verschiedenen Stellen seiner Schriften finden, nicht ganz überein. Im Commentar zum lübschen Rechte, wo er weitläuftig über die Gültigkeit der Erbverträge handelt [9]), faßt er sie noch in der früheren Weise auf, indem er das römische Verbot im Allgemeinen anerkennt, und nur die Ausnahmen davon angiebt, welche das canonische Recht, die Statute und die Praxis (usus quotidianus) eingeführt haben. Dahin rechnet er die Erbverzichte, wenn sie beschworen sind, die wechselseitigen Erbeinsetzungsverträge, namentlich solche, die sich in Ehestiftungen finden; ferner diejenigen pacta de successionibus, welche nur auf einen bestimmten Theil des Vermögens gehen; die Erbverbrüderung und die Einkindschaft. Diese Auffassung der Lehre hat Mevius aber in seinen Decisionen, einem späteren Werke, verlassen, indem er hier das Princip der vertragsmäßigen Erbfolge als ein in der deutschen Gewohnheit begründetes gemeines Recht gelten läßt, so daß, wer sich darauf berufe, fundatam intentionem habe, und die Geltung des fremden Rechts in dieser Lehre ausdrücklich nachgewiesen werden müsse, — während man sonst den Beweis der Gewohnheit gegen das Verbot des römischen Rechts verlangte [10]). Der angeführte Grund-

---

9) D. Mevius, commentarii in jus lubecense (zuerst Lipsiae 1642. 4.) ad rubr. p. II. tit. 1. — cfr. p. II. tit. 2. art. 2. nu. 182 sqq.

10) D. Mevius, decisiones (zuerst Stralsund. 1664. 4.) p. III. dec. 270. Wo noch das gemeine Recht gilt, da reicht bei dem Erbverzicht die Formel: an Eydes statt nicht aus, und ersetzt den Eid nicht. At si aliquo in loco per mores ab isto recessum fuit,

satz ist freilich nur bei Veranlassung der Frage, ob der unbeschworene Erbverzicht gelte, aufgestellt worden; aber er ist ganz allgemein gefaßt, und auf alle Erbverträge bezogen, obgleich es sich wohl bezweifeln läßt, ob damals für den Erbeinsetzungsvertrag die allgemeine Gewohnheit über die Anerkennung besonderer Arten desselben hinausging, und ob Mevius seine Regel anders, als durch deren Generalisirung gefunden hat. Aber er hatte sie einmal aufgestellt, und fand bald Nachfolger. Schon Stryke [11]) schloß sich eng an ihn an, und Joh. Schilter [12]), der sich auch hier des einheimischen Rechts gegen das römische glaubte annehmen zu müssen, berief sich auf denselben Grund, und führte zum Beweise ein Responsum der Jenenser Juristen von 1636. an, welches aber nur von den in Ehestiftungen enthaltenen Erbeseinsetzungen handelt.

Schilter begnügte sich aber nicht damit, die Erbverträge als ein allgemein praktisches Institut darzustellen, sondern er versuchte auch ihre Rechtfertigung von einem wissenschaftlichen Standpunkte aus. Schon Carpzov [13])

---

haud porro juramentum adeo praecise requiritur, nec eo minus valet renunciatio, quod non est jurata. Juramentum enim saltem adhibitum fuit ad robur pacti, quod alias nullum et invalidum erat. Ubi vero per consuetudinem illud redditum est legitimum atque validum, non eget isto amplius. *Sic in Germania hodie per mores vulgatum est, ut non attenta amplius juris civilis veteris constitutione pacta successoria valeant, nec juxta hanc amplius jus dicatur, nisi ubi receptum reperitur. Non probata reliqua juris civilis observantia mores sequimur.* —

11) S. Stryk., specimen usus mod. pand. lib. II. tit. 14. §. 18. 23. 29. — Idem, tractatus de successione ab intestato. diss. VIII.

12) J. Schilter, praxis juris romani in foro germanico. tom. I. exerc. 8. §. 35-41.

13) B. Carpzov, jurispr. forensis romano-saxonica. p. III. const. 5. def. 22.

hatte sich die Frage vorgelegt, ob nicht der Grundsatz des heutigen Rechts, daß jeder Vertrag eine Klage giebt und volle Gültigkeit hat, auch die Anerkennung der Erbverträge wenigstens in soweit in sich schließe, daß der, welchem versprochen worden sey, ihn zum Erben zu machen, ohne daß es geschehen, gegen die Erben des Promittenten eine Klage auf das Interesse habe. Allein Carpzov blieb bei dem Verbote des römischen Rechts; anders Schilter. Er will von diesem Verbote gar nichts wissen, weil die Gründe desselben nicht auf die deutschen Verhältnisse paßten, und die unbeschränkte Gültigkeit aller Verträge, die er von der deutschen Treue herleitet [14]), auch für die Erbverträge zur Anwendung kommen müßten. Dieß blieb denn eine Zeitlang die beliebteste Schutzwehr für ihre unbedingte Anerkennung, und man verwob das so, daß die Deutschen von jeher nichts von dem Verbote gewußt, sondern auch hier ihre Treue bewährt hätten. Leyser [15]) namentlich konnte nicht genug erzählen von der unglaublichen Nichtswürdigkeit der Römer, womit sie denen, deren Erbschaft sie zu erlangen hofften, nachstellten, um daraus zu deduciren, daß die Gründe, welche bei ihnen das Verbot der Erbverträge hervorgerufen hätten, für die Deutschen unstatthaft wären. Außerdem aber leitet er ihre Rechtmäßigkeit aus der constanten Gewohnheit vor und nach der Reception des römischen Rechts her, welche sich nur in einzelnen Instituten besonders herausstelle, aber im Grunde doch einen ganz allgemeinen Charakter habe, und sich daraus erkläre, daß

14) Frühere Spuren dieser Auffassung s. oben §. 5. Note 23. und 46.

15) de Leyser, meditationes ad pand. spec. 43-45. — Eine genauere Kritik dieser Ansicht s. bei Hasse, rhein. Museum für Jurispr. II. 2. S. 158 ff.; vgl. auch oben §. 4.

man jeden Vertrag halten müsse, der nicht gegen die guten Sitten sey. Nun könne man freilich einwenden, der Erbeinsetzungsvertrag, denn darauf geht dieß besonders, rege einen schändlichen Wunsch nach dem Tode eines andern an, und sey also wirklich contra bonos mores; aber, sagt Leyser, das sey ein vitium hominum nec pacti. Für das allgemeine Gewohnheitsrecht führt er denn auch noch ein Responsum der wittenbergischen Juristen von 1710 an [16]. — Merkwürdig ist es nur, daß er bei dem Erbverzicht noch den Eid für nothwendig erklärt; doch scheint das nicht aus seiner Ehrfurcht vor dem canonischen Recht, sondern aus dem von ihm gefühlten Bedürfniß, unbesonnene Verzichte zu hindern, geschehen zu seyn: wenigstens legt er diesen Grund der Vorschrift des canonischen Rechts unter [17]. Sonst läßt er das Princip der vertragsmäßigen Erbfolge ganz allgemein gelten, und hält selbst den Vertrag über die Unwiderruflichkeit eines Testaments für rechtsbeständig, — eine Ansicht, die freilich der jüngere Stryke [18] und Schilter [19] durch die Resultate, zu welchen sie bei der Lehre vom wechselseitigen Testament der Ehegatten gekommen waren, schon vorbereitet hatten, und die Leyser nur generalisirte [20]. — Auch J. H. Böhmer, welcher in zwei Abhandlungen die deutschrechtliche Natur von zwei wichtigen Arten der Erbverträge genauer zu entwickeln, und sie namentlich von Zusätzen aus dem römischen Rechte zu rei-

---

16) l. c. spec. 43. med. 5.

17) l. c. spec. 45. med. 1.

18) Joh. Sam. Stryk., dissertationum juridicarum volumen primum seu operum Samuelis Strykii vol. XI. Francof. et Lipsiae 1750. fol.

19) J. Schilter, praxis jur. rom. tom. I. exerc. 39. §. 56-58.

20) de Leyser, meditationes ad pand. spec. 43. med. 6 et 7.

nigen suchte[21]), bezweifelte nicht die allgemeine Gültigkeit der Erbverträge, und stellte im offenbaren Gegensatz zur successio anomala des Barth. Musculus den Grundsatz auf: jure patrio semper et ubique pacta successoria vim suam habuerunt, et ad regulam et ad jus commune referenda sunt[22]). In demselben Sinn erklärte von Kreittmayr, daß nach dem deutschen Recht und der opinio communior der Juristen die Erbverträge unbedingt gültig wären[23]).

Indessen finden sich doch noch um die Zeit der zuletzt genannten Juristen zwei Widersacher der jetzt verbreiteten Ansicht über die Erbverträge, welche die allgemeine Gewohnheit, worauf die Gültigkeit dieser Institute hauptsächlich gestützt ward, nicht anerkennen wollten. So stellt sich noch S. von Cocceji[24]) zu der Lehre, wie er es ungefähr auch würde gethan haben, wenn er zu Gaill's Zeiten gelebt hätte: nur einzelne Arten des Erbeinsetzungsvertrags sind gültig, z. B. die Erbverbrüderung, der wechselseitige Erbeinsetzungsvertrag; die Regel ist dagegen, (wofür ein

---

21) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. tom. II. exerc. 31. De fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium. — tom. IV. exerc. 71. De successione hereditaria conjugum ex pactis dotalibus.

22) l. c. tom. IV. exerc. 71. cap. 1. §. 14. Böhmer stellt hier über die Gültigkeit der Erbverträge zwei Grundsätze auf: 1) Jure romano pacta successoria regulariter fuisse prohibita, et si valuerunt, per modum exceptionis valuisse et assumpta fuisse. 2) Ast jure germanico, quo hodie adhuc utimur, haec stet sententia: jure patrio semper etc.

23) v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Max. Bav. civ. Th. III. Cap. 11. §. 1. nu. 3.

24) S. de Cocceji, jus civ. controversum. lib. II. tit. 14. qu. 34. et 35.

Präjudicat angeführt wird)[25]; der Erbverzicht gilt nur, wenn er beschworen ist. — Auf eine ähnliche Art sprach Strecker[26]) sich aus, der jedoch tiefer auf die Sache einging: nicht alle Erbverträge gelten nach deutschem Rechte, sondern nur einige bestimmte Arten, bei einzelnen deutschen Stämmen und in einzelnen Provinzen, für gewisse Personen und unter besonderen Förmlichkeiten. Daraus könne man aber keine allgemeine Gewohnheit herleiten, — cum a speciali ad universale non valeat consequentia. So lange also noch nicht nachgewiesen sey, daß das Gesetz oder die Gewohnheit eines Ortes eine bestimmte Art der Erbverträge bewahrt oder recipirt hätten, müsse das römische Verbot, dessen Gründe auch noch nicht unwirksam seyen, als Regel zur Anwendung kommen.

Der sicherste Beweis, daß diese nachträglichen Versuche, der Lehre von den Erbverträgen wieder eine andere Richtung zu geben, ohne allen praktischen Erfolg geblieben sind, liegt darin, daß sie eben die letzten blieben, und kein Jurist nach Cocceji und Strecker die gemeinrechtliche Geltung des Instituts angezweifelt hat. Jedoch mögen immerhin jene Schriften nicht ohne allen Einfluß darauf gewesen seyn, daß man sich in der Theorie sorgfältiger nach einer deutschrechtlichen Begründung dieser Lehre umsah, ob-

---

25) l. c. qu. 34. §. 4. Ita per tres conformes sententias res decisa est in Curia Halberstadensi in causa F. c. Rel. F.

26) Das von mir benutzte Exemplar von Strecker's Abhandlung hat den Titel: Dissertatio inauguralis juridica de doctrina successionis pactitiae ejusque usu et abusu in Germania. Quam sub praesidio C. W. Strecker — — examini subjecit C. G. Lindner. Nunc ob praestantiam materiae . . . (hier fehlt etwas). Jenae 1760. — Bei Eichhorn (Einleitung in das deutsche PR. §. 341. Note b.) ist: Erf. 1738. als Druckort und Jahrzahl angegeben, wahrscheinlich der ersten Ausgabe.

gleich auch ohnedieß die allgemeine Entwicklung der germanistischen Richtung in unserer Jurisprudenz darauf hinwies. Für den Erbverzicht war namentlich der Streit von großer Bedeutung, den zwei berühmte Juristen, Senckenberg und Cramer, über den hanauischen Successionsfall führten, zunächst freilich nur über die Wirkung der Clausel: bis auf den ledigen Anfall; der aber fast auf die ganze Lehre, soweit sie den Verzicht adelicher Töchter betrifft, ausgedehnt war [27]). Senckenberg vertheidigte nämlich die Ansicht, die adelichen Töchter seyen nach germanischem Rechte stets ipso jure durch den Mannsstamm von der Succession ausgeschlossen worden, so daß ein besonderer Verzicht eigentlich gar nicht nöthig gewesen sey; bei dem Aussterben des Mannsstamms aber richte sich die Succession der Cognaten nach der Zeit des Anfalls, so daß also der Erbtochter der Vorzug gebühre. Dagegen vertrat Cramer die andere Seite, indem er namentlich die Geltung

---

27) die Geschichte des Streits ist kurz folgende. Im August 1736. erschien zu Göttingen: H. Chr. Senckenberg, disquisitio academica de successione filiarum in regnis et principatibus. (Die Abhandlung ward vermehrt herausgegeben Gießen 1741. von Benecke) — Darauf antwortete Cramer am 31. Decb. desselben Jahrs: J. U. Cramer, de renunciationibus filiarum, clausulis successionis reservativis harumque valore et successione Hanoica — — contra impugnationes domini Senckenbergi (vid. J. U. Cramer, opuscula. tom. I. nu. 5. Marburgi 1742. 4.). Im Jun. 1737. erschien: H. Chr. Senckenberg, disquisitio ulterior occasione successionis Hanoicae de jure succedendi proximioris feminae illustris prae remotiore, qua domino Cramero in se sine ulla causa loliginis succum exprometi ex merito satisfacit. 1737. 4. — Dem setzte Cramer wieder entgegen: De filia nobili vi consuetudinis vel pacti familiae renunciante (vid. opuscula. tom. I. nu. 7.), begleitet mit einer: Epistola praeliminaris ad dn. Senckenbergum, qua ipsum crassae ignorantiae et pedantismi convincit. (vid. opuscula. tom. I. nu. 6.)

des gemeinen Rechts im Conflict mit dem germanischen zu wahren suchte. Beide Ansichten fanden ihre Freunde. v. Kreittmayr[28]) z. B. sah wohl ein, wie sehr sich die Civilisten durch die Beimischung des römischen Rechts an der Lehre von den Erbverzichten versündigt hatten; allein er fand doch auch, daß die Versuche der Neueren, die Lehre auf ihre natürliche Grundlage zurückzuführen, an dem Fehler litten, daß sie mehr auf die alten Zustände und Verfassungen im Reich, als auf die modernen, positiv bestehenden Rücksicht nahmen: er neigte sich daher auf Cramer's Seite.

Pütter hingegen, der auf die germanistische Richtung in unserer Jurisprudenz einen so bedeutenden Einfluß ausgeübt hat, adoptirte Senckenberg's Meinung, und verfocht sie namentlich mit seltener Consequenz in allen seinen Rechtsgutachten und Entscheidungen[29]). — Eine so freie Handhabung der einheimischen Rechtsverhältnisse gegen die Macht einer lange gepflegten Theorie an mußte denn freilich in diesen, wie in andern deutschrechtlichen Lehren zu sehr bedeutenden Resultaten führen; so daß es z. B. ganz natürlich scheint, wenn jetzt der Eid zur gemeinrechtlichen Geltung des Erbverzichts nicht mehr für nöthig gehalten wird. Das erkennen auch solche Juristen an, die sonst nicht geneigt zu seyn pflegen, dem deutschen Rechte auf Kosten des fremden Concessionen zu machen[30]).

---

28) v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III. Cap. 11. §. 2 ff.

29) J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle. Band I. (Göttg. 1768. fol.) nu. 13. 99. — Band II. (Göttg. 1774.) nu. 183. 184. 186. — Band III. (Göttg. 1777 - 1791.) nu. 316. 328. — (nu. 13. 99. 184. 186. sind im Namen der Göttinger Juristenfacultät erlassen).

30) S. z. B. Thibaut, System des Pandekten-Rechts. §. 853. 8. Ausg.

Aber auch bei dem Erbeinsetzungsvertrage hat man sich nicht dabei beruhigt, seine allgemeine Gültigkeit auf die deutsche Treue in Verträgen und auf die Gewohnheit zu begründen; man ging vielmehr zu diesem Zweck auf die deutschrechtlichen Vergabungen von Todes wegen zurück. Doch ist dieß nicht der erste Versuch, sie in die Reihe der Gegenstände aufzunehmen, welche in der juristischen Literatur ihre Erörterung fanden.

Schon sehr früh, als jene Vergabungen noch unter dem Volke gebräuchlich waren, sind einige Juristen auf sie aufmerksam geworden, und haben es versucht, sie juristisch zu construiren. Es lag dabei also eine unmittelbar praktische Absicht vor, während die Zurückführung der Erbeinsetzungsverträge auf jene alten Geschäfte, wie sie sich bei den neueren Germanisten findet, nur die Folge des allgemein erkannten Bedürfnisses war, deutsche Institute auf dem Wege der historischen Forschung neu zu begründen, wobei es denn zuweilen nicht ganz zu vermeiden war, daß man hier und da zu keck das Alte mit der Gegenwart in Verbindung brachte. Jedenfalls fehlt zwischen jener älteren Behandlung der Vergabungen und der späteren germanistischen Begründung der Erbverträge der innere Zusammenhang, und deswegen sind beide Erscheinungen getrennt zu behandeln, und zwar die ältere zuerst.

Schon mancher Leser wird sich die Frage aufgeworfen haben, was denn eigentlich die gelehrten Juristen veranlaßte, sich von vorne herein so angelegentlich mit den Erbverträgen zu beschäftigen, da doch das römische Recht sie verwarf, und das deutsche sie in der älteren Zeit nur von der einen Seite, nämlich als Erbverzichte kannte. Dieses letztere Institut bot nun auch allerdings den wichtigsten Stoff für die gelehrte Betrachtung dar; aber auch die Abweichungen

zwischen der gesetzlichen Erbfolge nach dem fremden und einheimischen Rechte führte zu manchen Ausgleichungsversuchen, die sich namentlich deswegen gerne an die Vertragslehre anlehnten, weil man die eigenthümlichen Grundsätze des deutschen Rechts nur, insofern sie in Statuten und Ortsgewohnheiten ausgesprochen waren, anerkannte, und den dadurch begründeten Gegensatz zum fremden Rechte als dem gemeinen sich seiner Wirkung nach nicht viel anders, als eine durch Verträge hervorgerufene Abweichung zu denken wußte. Daher kam man denn auch auf die Frage, ob, was durch Statut und Gewohnheit eingeführt sey, nicht auch durch Verträge wieder aufgehoben werden könne, — eine Betrachtung, die zu den conservativen Erbverträgen führte. Außerdem aber hatten die deutschrechtlichen Vergabungen im Laufe der Zeit auch an Ausbildung gewonnen; es konnte dadurch unter Umständen eine Universalsuccession in den Nachlaß begründet werden [31]), und wenn man nun den entscheidenden Punkt der Auflassung übersah, so stellten sie sich dem durch das gemeine Recht getrübten Auge als wahre Erbverträge dar. Davon sind schon Beispiele vorgekommen; doch übersah man nicht immer den eigenthümlichen Charakter jener Geschäfte, und einige Juristen suchten ihn sich nach Vermögen klar zu machen.

Schon die Glosse unterscheidet, wie wir im vorigen §. gesehen haben, zwischen dem Erbvertrage und der Schenkung eines ganzen Vermögens, was die späteren Juristen noch weiter ausdehnten und zum Gegenstande weitläuftiger Untersuchungen machten. Es ist mehr als wahrscheinlich, daß die Veranlassung zu diesen vielfachen Erörterungen der

---

31) S. den ersten Theil S. 191 ff.

donatio omnium bonorum die deutschrechtlichen Vergabungen waren; denn daß man nicht durch das römische Recht darauf geführt ward, zeigt die große Aengstlichkeit, mit der man jenes Geschäft trotz des Verbotes der Erbverträge aufrecht zu erhalten suchte, was überflüssig erscheinen mußte, wenn man sich seiner Gültigkeit in dieser Erscheinung nach römischem Rechte bewußt war. Bei diesen Erörterungen vermißt man nun allerdings die Berücksichtigung der Eigenthümlichkeiten, welche mit diesem Institute des deutschen Rechts verbunden waren; allein theils wird dieß bei dem damaligen Stande der Jurisprudenz nicht auffallen; theils ist es auch nicht immer der Fall. Besonders interessant ist in dieser Beziehung ein Consilium des Oldradus de Ponte, welcher über ein ihm vorgelegtes Geschäft dieser Art respondirte, und sich bemühte, die besondere Form und Wirkung desselben juristisch zu construiren, obgleich dieß nur, wie sich erwarten läßt, durch eine etwas gezwungene Herbeiziehung von Regeln des gemeinen Rechts geschah [32]). Das Geschäft, um welches es sich handelte, war, wie der Zusammenhang zeigt, eine wechselseitige Vergabung von Todes wegen, auf das ganze Vermögen bezogen und zwar durch die Form der Auflassung geschlossen: denn Eigenthum und Besitz waren übergegangen, und das Geschäft doch auf den Tod gestellt worden, indem jedem der Tradenten

32) **Oldradus Pontanus Laudensis**, consilia. cons. 139. Lugduni 1550. fol. (Der Druck ist an manchen Stellen offenbar fehlerhaft; ich verändere ihn aber nicht.) — Oldradus lebte um das Jahr 1300.; s. v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im MA., Band VI. S. 49 ff. Das Ansehn dieser Consilien, auf welche auch v. Savigny a. a. O. S. 52. aufmerksam gemacht hat, ergiebt sich schon aus ihrer Bezeichnung auf dem Titel: aurea sunt haec et pene divina responsa.

an dem von ihm übertragenen Vermögen die Nutzung bis dahin bleiben sollte [33]).

Oldradus untersucht nun zuerst, ob eine solche Zuwendung gültig sey, und zu welcher Art von Rechtsgeschäften sie denn eigentlich gehöre. Zwar könne man auf den ersten Anblick versucht seyn, hier einen Erbvertrag anzunehmen; aber ein solcher liege nicht vor, weil es sich nicht von einer Succession handle, sondern von Gütern, die sogleich geschuldet würden, wenn die Zeit der Einforderung auch aufgeschoben sey [34]). Eine Schenkung ist das Geschäft aber eigentlich auch nicht, sondern eine ganz besondere Art der Zuwendung [35]), deren Wirkung darin besteht, daß Eigenthum und Besitz übertragen werden, indem, wenn das Geschäft auch durch den früheren Tod des einen Contrahenten bedingt ist, diese Bedingung doch, so wie sie eingetreten, auf den Anfang zurückbezogen werden muß [36]).

---

33) l. c. nu. 5. — cum intervenerunt verba possessionem transferentia — —, per quae constituit alter se alterius nomine precario possidere — —. nu. 6. cum enim in instrumento dicatur, quod volentes omnem possessionem transferre —.

34) l. c. nu. 1. Nec dicetur pactum de successione futura: quia non promittitur ut futura successio, quae non potest deberi nisi aut ex testamento aut ab intestato. Haec autem bona debentur ex obligatione statim effectum habente, quantum ad obligationem: licet differatur quantum ad exactionem — —. quia de utroque potest contingere, alterum alteri praecedere, quae conventionem conditionalem reddunt.

35) l. c. nu. 3. Secundum erit, in quam speciem contractus cadat. Et videtur quod in donationis speciem — —. Sed contrarium magis videtur, scilicet quod cum in conventione hujus vertitur consideratio mutui commodi, non sit proprie donatio — —. erit ergo promissio quaedam ob honestam causam facta.

36) l. c. nu. 5. Tertium erit, quid sit effectus hujus conventionis. Ad hoc breviter dicendum videtur, quod cum titulus, qui presumitur traditione sequuta, sit habilis ad dominium transferen-

Diese Ansicht konnte Oldradus nur dadurch nach gemeinem Recht begründen, daß er die Zuwendung auf eine obligatio begründete, und damit ein constitutum possessorium verbunden dachte, so daß Detention und Nießbrauch bis auf den Tod bittweise im Namen des andern von jedem der Tradenten ausgeübt ward; das Wesen der deutschrechtlichen Auflassung blieb ihm fremd: aber zu bewundern ist es, daß er sie doch in ihrer Wirkung erkannte, und aufrecht zu erhalten suchte [37]).

Das vorher behandelte Consilium des Oldradus hat auf die deutsche Jurisprudenz einen großen Einfluß gehabt, indem man sich bei der Beurtheilung ähnlicher Geschäfte daran anlehnte. Zasius freilich hat noch keine Rücksicht

---

dum, et per consequens possessionem, et cum intervenerunt verba possessionem transferentia sub conditione causali et die, ut sunt illa per quae constituit alter se alterius nomine precario possidere, translata dicuntur dominium et possessio, sub conditione tamen. — nu. 7. Quintum. quando videatur conditio existere, ut videatur purificata conventio, est dicendum, quod non post mortem, sed cum quis eorum altero superstite vel liberis ejus ad eum statum morientis pervenerit, quod infallibiliter incipiat certum esse cum venerit, et in actu moriendi existens, liberis non exstantibus. — — Tali igitur conditione infallibiliter existente, dudum ante mortem retro videtur dominium et omnis possessio esse translata. — Aus dem Vorhergehenden sieht man, daß die Zuwendung auch auf die Kinder gestellt war.

37) Auch Angelus (consilia Angeli de Perusio. cons. 179. Lugduni 1532. fol.) hat eine solche wechselseitige Vergabung von Todes wegen als ein eigenthümliches Geschäft aufgefaßt, indem er sie als einen "contractus mutuae donationis conditionalis post mortem collatae, in stipulationem deductae" bezeichnet; aber er ist weit weniger selbständig, als Oldradus, und beschäftigt sich mehr mit der damaligen Theorie über die donatio omnium bonorum, der er jedoch insofern entgegen tritt, als er die Schenkung auch für die bona futura gelten läßt.

darauf genommen. Zwar sah er scharf genug, um nicht die eigenthümliche Art der deutschrechtlichen Vergabungen, die zu seiner Zeit in Deutschland noch sehr gebräuchlich waren, zu bemerken; aber er ging nicht näher auf sie ein, und begnügte sich, sie gelegentlich unter gewissen anonymis aufzuführen [38]), die er zwar als rechtsbeständig anerkannte, und unter Begriffe des römischen Rechts zu bringen suchte (wegen der Vergabungen verweist er auf c. 19. C. de pactis); von denen er aber selbst gefühlt zu haben scheint, daß sie Erscheinungen eigenthümlicher Art waren, für welche man im Corpus Juris vergeblich nach Bestim=

38) U. Zasius, singul. respons. lib. II. cap. 7. (in opp. tom. V. Francof. 1590. fol.) *De anonymis quibusdam in jure nostro.* — Placet adserere, ut alias, multa in jure nostro inveniri anonyma, et tamen in eo ipso nomina certa eis non reperiuntur, *et nihilominus constringuntur sub regulis juris.* — Dann werden unter andern deutschrechtlichen Instituten auch die Vergabungen von Todes wegen genannt: Item in ordinationibus successoriis quibus tota Germania est referta, hoc videre licet: hae enim nec sunt testamentum nec codicillus nec donatio propter nuptias nec plane pactum, sed est voluntas in genere. L. Licet. 19. C. de pactis. — Mühlenbruch (in der Fortsetzung von Glück's Commentar, Band 38. S. 13. Note 31.) meint, daß Zasius an dieser Stelle von den Erbverträgen handle, und lobt ihn wegen deren richtiger Auffassung. Allein vergleicht man, was Zasius an andern Orten über die Erbverträge sagt, welche er nie ordinationes successoriae, sondern *pacta* successoria, successionis acquirendae u. dgl. nennt; so sieht man, daß er es hier mit den deutschrechtlichen Vergabungen zu thun hat, und zwar mit allen Arten derselben, ohne einen Unterschied zu machen, ob sie mit Uebertragung der Gewere oder ohne dieselbe statt fanden. Eichhorn (St. u. R. G. III. §. 443. Note o) nimmt an, daß Zasius nur von den letzteren spricht; aber ich sehe keinen Grund dafür, zumal da zu seiner Zeit die Vergabungen durch die Auflassung, also durch die Uebertragung der Gewere noch die Regel bildeten, was indessen Eichhorn, der eine so große Bedeutung auf die Schrift legt, wahrscheinlich leugnen wird.

mungen suchen würde [39]. — Also Zasius ging nicht auf jene Deductionen des Oldradus ein, obgleich er sie wohl gekannt haben wird; aber Gaill benutzte sie schon mit nicht geringem Erfolg. Wenn er nämlich auch das römische Verbot der Erbverträge anerkannte, so ließ er doch eine wechselseitige Zuwendung des Vermögens zu und rechnete sie nicht zu den Erbverträgen. Namentlich wenn das Geschäft so geschlossen war, daß der Ueberlebende das Vermögen des andern auf den Fall seines kinderlosen Ablebens erhalten sollte [40]. Gaill beruft sich für die Gültigkeit einer solchen Zuwendung auf Oldradus, und sucht sie mit dessen Gründen zu vertheidigen [41]; nur hat er bei diesem Geschäfte, welches er mit besonderer Beziehung auf die Ehestiftungen abhandelt [42], keine Rücksicht auf die

---

39) Nach Aufzählung jener Anonyma sagt Zasius am Ende der angef. Stelle: Istas igitur anonymas dispositiones recipi necesse est, quia legislator, qui ad universalia respexerit, in individuis non potest omnia prospicere, *et natura semper novas deproperat formas.*

40) A. Gaill, pract. observationes, lib. II. obs. 126. Pactis haereditatem dari non posse notum est, adeo ut ne jurata quidem valeant, neque statuto aut consuetudine firmari queant. Fallit singulariter in mutuo et vicissitudinario pacto, puta si inter duos vel plures conventum sit, quod alterutro sine liberis mortuo, ad superstitem bona perveniant; tale enim pactum valet.

41) l. c. — —. mutua illa conventio non est pactum futurae successionis, quia bona non promittuntur ut futura successio, sed est obligatio conditionalis, si alteruter sine liberis praemoriatur, quae obligatio eveniente conditione ad tempus conventionis retrotrahitur, et pro pura habetur. Bona in pactum deducta statim ex obligatione et ex causa donationis inter vivos debentur, sed exactio ob conditionem appositam ad tempus mortis differtur et suspenditur.

42) l. c. — Hinc est quod donationes et pacta reciproca de succedendo inter conjuges statim constante adhuc matrimonio valeant: puta quod alterutro conjugum mortuo superstes, liberis

Auflassung genommen, und daher das daraus erworbene Recht nicht als ein dingliches darstellen können. Zuletzt geht er denn noch auf das Einzelne näher ein, und unterscheidet, ob das Versprechen der Succession als eine Zuwendung unter Lebenden, oder als ein wahrer Erbvertrag gefaßt sey: nur im ersteren Fall ist es unter Privatleuten gültig [43]).

Diese Distinction führte H. Pistoris [44]) noch weiter, indem er sie nicht bloß auf eine solche wechselseitige Zuwendung anwandte, sondern sie zum allgemeinen Theilungsgrund erhob. Die von ihm entwickelten Grundsätze über die Erbverträge sollen nur dann gelten, wenn ausdrücklich über die Succession paciscirt worden ist; hat aber jemand einem andern Güter auf dem Wege des Vertrags so zugewandt, daß er sie bloß von seinem Erben nach seinem Tode in Folge der übernommenen Obligation erhalten soll,

---

non extantibus, defuncto conjugi succedat: sicut quotidie in pactis dotalibus hujusmodi conventiones fieri consueverunt, quae de jure validae et firmae sunt.

43) l. c. — distinguendum, utrum fiat promissio mutua de succedendo per stipulationem causa donationis inter vivos, an vero simplex promissio per pactum de successione reciproca.

44) Hartm. Pistoris, quaestiones juris, lib. IV. qu. 2. in fine. — Denique doctrina nostra tum demum locum habet quando de succedendo conventum fuit, secus vero, quando nulla facta successionis mentione, quis bona sua per pactum sive alium contractum ita alteri concedit, ut illa ex vi obligationis contractae post mortem obtineat ab herede; nam tum, quia nihil de successione dictum fuit, ne nomen quidem pacti de succedendo meretur hic contractus, et propterea cessante prohibitionis ratione nihil obstat, quominus valeat, atque jura insuper permittunt, ita contrahere, ut obligationis effectus post mortem promittentis conferatur et ab herede ejus demum incipiat. c. un. C. ut act. ab. hered. — Secundum hoc itaque vis omnis in verborum conceptione sita erit.

so steht der gemeinrechtlichen Gültigkeit des Geschäftes, meint Pistoris, kein Hinderniß entgegen. In der folgenden Quästion [45]) wird dieß nun noch weitläuftiger ausgeführt, und untersucht, wann und aus welchen Worten man erkennen könne, ob ein Erbeinsetzungsvertrag, oder eine solche auf den Erben gestellte Obligation eingegangen worden sey, wobei das Meiste dann auf die Wortfassung ankommen soll.

Gewiß hat Pistoris diese Unterscheidung nicht allein von seinen Vorgängern (er beruft sich dafür ausdrücklich auf Oldradus) ohne Kritik angenommen, sondern darunter die Ueberreste der deutschrechtlichen Vergabungen von Todes wegen, so weit sie noch nicht in wahre Erbverträge übergegangen waren, zu begreifen gesucht, aber er hat es darin versehen, daß er hier nicht darauf ausging, Regeln für Institute aufzustellen, sondern nur für einzelne Fälle. Daher kam er zu bloß äußerlichen und willkührlichen Distinctionen, während er, wenn er den Erbeinsetzungsvertrag von der Zuwendung einzelner Sachen auf die angegebene Art aus einander gehalten hätte, auch in dieser Beziehung sich um die Lehre ein großes Verdienst würde erworben haben. Sein Ansehen war indessen groß genug, um die Unterscheidung der erwähnten Geschäfte nach der Wortfassung dauernd in der Doctrin zu befestigen, wo sie lange wie eine todte Last liegen blieb, und nur insofern eine practische Bedeutung hatte, als man sich ihrer zu bedienen pflegte, um bei der verzweifelten Lehre der pacta dotalia simplicia et mixta einen Anhalt für die Entschei-

---

45) eodem qu. 3. Quomodo et ex quibus verbis cognoscatur, utrum pactum de succedendo initum, an vero contractus de bonis alicujus post mortem alteri dandis factus sit.

dung zu haben [46]). J. H. Böhmer, der zuerst die Unhaltbarkeit jener Eintheilung der Eheverträge einsah, wies auch das Willkührliche und Unangemessene in jener Unterscheidung wesentlich verschiedener Geschäfte nach dem oft zufälligen Gebrauch fast gleichbedeutender Worte nach [47]).

Auf die angegebene Weise ward also keine directe Verbindung zwischen der alten Vergabung und dem Erbeinsetzungsvertrage aufrecht erhalten, und wenn daher überhaupt eine solche wiederhergestellt werden sollte, so mußte sie von Neuem angeknüpft werden. Daß dieß nun nicht durch allgemeine Betrachtungen über die deutsche Treue in Verträgen, wie sie sich namentlich bei Schilter finden, geschehen konnte, leuchtet ein; denn die Vergabung war gar nicht auf dem Vertrage gebaut, sondern auf der Auflassung, und jener hatte dabei eine so untergeordnete Bedeutung, daß er höchst wahrscheinlich vor der Vollziehung des letzteren Actes nicht einmal unter das Zwangsrecht gestellt war [48]). Es kam also darauf an, ob man später diese das Geschäft beherrschende Wichtigkeit der Auflassung herausfinden, und in welche Beziehung man sie zu dem Vertrage, worauf jetzt ausschließlich der Erbvertrag beruht, bringen werde. Zuerst nun machte Stryke [49]) auf die traditio der alten Volksrechte und die im canonischen Recht

---

46) B. Carpzov, jurispr. for. rom. sax. p. II. const. 43. def. 5 sqq. — de Berger, oecon. jur. lib. I. tit. 3. th. 11. — S. Stryk., usus mod. ad pand. lib. 23. tit. 4. §. 3. — Idem de cautelis contract. sect. III. cap. 8. §. 23 sqq. — de Leyser, medit. ad pand. Sp. 44. med. 1. 2. — spec. 308.

47) J. H. Boehmer, exercitationes ad pand. tom. IV. exer. 71. cap. 2. §. 1. 2. — vgl. Hasse im rhein. Museum II. 2. S. 201.

48) S. den ersten Theil dieser Schrift S. 134 ff.

49) S. Stryk., tract. de success. ab intestato. diss. VIII. cap. 1. §. 4. 5.

erwähnte scotatio aufmerksam, und knüpfte daran die Behauptung, es habe in Deutschland von jeher und schon vor Einführung des römischen Rechts Erbverträge gegeben, aber wie wenig er der Sache auf den Grund gekommen war, ergiebt sich aus der Bezeichnung jener Geschäfte: er nennt die durch die Tradition beschaffte Vergabung nämlich ein pactum aut pacto tamen non absimilis conventio. — Bei Heineccius [50]) findet sich schon eine ziemlich vollständige und richtige Ausführung über das alte Recht der Vergabungen, welche nur darin irrt, daß der Vertrag als das wesentliche Moment aufgefaßt, und die Auflassung nur als eine besonders hinzugekommene Feierlichkeit dargestellt wird; Heineccius nimmt daher wie Stryke an, daß der acquisitive Erbvertrag in Deutschland stets gebräuchlich gewesen sey und gegolten habe. Viel weiter ist denn auch eigentlich Pätz [51]) nicht gekommen, indem er ebenfalls die Auflassung nur als das Accidentale darstellt; er hat jedoch einen Schritt vorwärts gethan, um die alten Vergabungen in eine unmittelbare Berührung mit dem heutigen Rechte zu bringen, indem er wegen der ursprünglichen Form des Geschäftes auch jetzt noch durch den s. g. Erbvertrag über einzelne Sachen ein sogleich wirksames dingliches Recht constituiren läßt [52]). Dieser Satz, den freilich in einer ähnlichen Verbindung, aber ohne sich des ganzen Zusammenhangs bewußt zu seyn, schon ältere Ju-

50) J. G. Heineccius, elementa jur. germ. lib. II. tit. 6. §. 150 sqq.

51) C. W. Paetz, commentatio successione universali per pactum promissa an et quatenus promittenti facultas de bonis inter vivos disponendi ademta sit, praemio ornata. Goettingae 1801. 4. §. 1-6.

52) eodem §. 7.

risten aufgestellt hatten, ist von Eichhorn[53]), der sich überhaupt eng an die Schrift von Pätz angeschlossen hat, adoptirt worden; er kann aber erst unten (§. 8.) zum Gegenstande einer genaueren Betrachtung gemacht werden.

Werfen wir nun noch einen Blick auf die in diesem §. enthaltene Darstellung der Literärgeschichte zurück, so ergiebt sich als ihr allgemeines Resultat, daß die germanistische Auffassung der Erbverträge dazu führte, sie als ein gemeinrechtliches Institut anzuerkennen; daß man dieß aber auf eine dreifache Weise zu begründen suchte, indem anfangs ein allgemeines Gewohnheitsrecht, dann die absolute Klagbarkeit und Gültigkeit aller Verträge und zuletzt die ursprünglichen Principien der alten Vergabungen von Todes wegen zur Begründung jener Annahme in Anspruch genommen wurden. Sollten nun aber auch alle drei Gründe nicht ausreichen, um das, was durch sie bewiesen werden sollte, wirklich zu rechtfertigen; so können wir doch, gestützt auf die vorhergehende Ausführung, uns auf eine andere Thatsache berufen, welche der Lehre von den Erbverträgen ihre gemeinrechtliche Geltung sichert: ich meine die ganz unzweifelhafte communis opinio der Juristen, wie sie sich in der neuern Doctrin darstellt.

---

53) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 344. Note c.

Zweiter Abschnitt.

Besonderer Theil.

Erste Abtheilung.

Von dem Erbeinsetzungsvertrage.

Erste Unterabtheilung.

Von dem Erbeinsetzungsvertrage im Allgemeinen.

Erstes Kapitel.

Der Erbeinsetzungsvertrag als selbständiges Institut.

§. 7.

Historische Einleitung.

Daß es im ältern deutschen Rechte ursprünglich keine Erbeinsetzungsverträge gegeben hat, ist im ersten Theile zur Genüge nachgewiesen worden; auch die successive Entwicklung dieser Lehre in der Doctrin hat schon so eben ihre allgemeine Erörterung gefunden. Ein Punkt bleibt hier jedoch noch zu einer etwas genaueren Erwägung über, indem es zur Frage gestellt werden muß, in welchem historischen Verhältnisse die alte Vergabung zum neueren Erbvertrage steht; ob diese aus jener organisch sich entwickelt hat, oder die letztere nur gewungen und ohne in das jüngere Institut überzugehen, gewichen ist, — wobei denn auch die Stellung der letztwilligen Verfügungen des fremden Rechts zu diesen Geschäften zu berücksichtigen ist. Das Resultat dieser Untersuchung hat übrigens auch seine practisch wichtige Seite: denn wenn man finden sollte, daß die Doctrin, als sie die Lehre von dem Erbeinsetzungs-

vertrage anerkannte und ausbildete, sich nicht so sehr zum Organ eines allgemein gefühlten Bedürfnisses gemacht, als vielmehr einer theoretischen Richtung nachgegeben hat: so würde, vorausgesetzt, daß das Institut noch nicht zu einer allseitigen, natürlichen Bewegung gelangt wäre, die Achtung vor ihm und seiner practischen Bedeutung im Allgemeinen sehr sinken müssen, was denn nicht ohne allen Einfluß auf seine Behandlung bleiben dürfte.

Vergleichen wir nun die Vergabung von Todes wegen, wie sie sich in der späteren Periode ihrer Entwicklung darstellt, mit dem Erbeinsetzungsvertrage, so scheint allerdings darin eine große Aehnlichkeit zwischen beiden Geschäften zu liegen, daß man bei dem ersteren, namentlich wenn es sich auf das ganze Vermögen bezog, den Vorbehalt zu machen pflegte, frei über die tradirten Güter verfügen zu dürfen. Denn indem dadurch nur der Nachlaß als solcher zum Gegenstande der Zuwendung gemacht ward, nahm, scheint es, das ganze Geschäft den Charakter des Erbeinsetzungsvertrags an. Dieser Auffassung jedoch stehen bestimmte Gründe entgegen, welche schon früher weitläuftig entwickelt sind [1]); es ging aber überhaupt jener Vorbehalt, welcher namenlich im sächsischen Rechte so gebräuchlich war, nicht bloß darauf aus, die freie Disposition über die einzelnen Theile des Vermögens zu bewahren, sondern legte auch den Widerruf der ganzen Vergabung in die Hand des Freigebigen. Dadurch bekam das Geschäft eine solche Richtung, daß es fast auf eine letztwillige Verfügung auslaufen zu wollen schien; und wenn dieses auch nicht geschehen ist [2]), so ward ihm doch eine Biegsamkeit zu Theil,

1) S. Theil I. S. 191. ff.

2) Ich habe das a. a. O. §. 14. zu beweisen gesucht.

welche die früheren Juristen dem Erbeinsetzungsvertrage an sich nicht zutrauten. Zwar schob man in die Erbeinsetzung durch Ehestiftungen, die wichtigste Art, welche man damals anerkannte, das Princip des Widerrufs hinein; aber nicht nach dem Wesen des Geschäftes, sondern durch die übertriebene Verehrung vor römischen Grundsätzen, die hier keinen Einfluß hätten äußern dürfen, zu deren rücksichtsloser Anwendung verleitet. — Jener Vorbehalt bei der Vergabung hat diese also nicht mit dem Erbeinsetzungsvertrage zusammen gebracht, und es ist jetzt nur noch zu untersuchen, ob das durch andere Verhältnisse geschehen ist.

Als wesentliches Erforderniß der deutschrechtlichen Vergabung muß man noch für die späteste Zeit die feierliche Auflassung ansehen, auch rücksichtlich der wohlgewonnenen Güter, und Albrecht[3]) steht daher nicht auf sicherm Boden, wenn er, die Grundsätze über die Auslobung der fahrenden Habe auf sie anwendend, einen Erbvertrag ohne Uebertragung der Gewere im deutschen Rechte organisch sich entwickeln läßt. Denn gegen diese Deduction, deren Voraussetzung in dem von Albrecht angeführten Schöffenurtheile nicht enthalten ist[4]), spricht auch entscheidend die Art und Weise, wie der Erbeinsetzungsvertrag in den Statuten und der Doctrin ausgebildet worden ist. Aber damit ist noch nicht jeder Versuch abgeschnitten, die Grundlage beider Geschäfte, die Auflassung und den Vertrag in einander zu verschmelzen. Wohl, könnte man sagen, so lange sich die Auflassung in ihrer ursprünglichen Bedeutung

---

3) Albrecht, die Gewere S. 207.

4) Albrecht beruft sich nämlich auf ein Schöffenurtheil, wo aber nicht von der Form der Vergabung, sondern von dem Beispruchrecht der nächsten Erben gehandelt wird; s. den ersten Theil dieser Schrift S. 144.

erhielt, blieb auch die Form der Vergabung dieselbe; als aber die Auflassung nach dem Eindringen des fremden Rechts und der Zerrüttung der Volksgerichte gefallen war, da mußte auch die Vergabung ihre Form verlieren, und in einen bloßen Erbvertrag umschlagen. Diese Ansicht könnte man denn noch dadurch scheinbar befestigen, daß man anführte, wie in fast allen Verhältnissen für die Auflassung die Schrift eingetreten sey, und es daher natürlich scheine, daß auch bei den Vergabungen wenigstens die schriftliche Abfassung des Geschäftes eine hinreichende Form abgegeben habe. Insofern jedoch dieser Einwurf mit einer von Eichhorn vertheidigten Ansicht verwandt ist, will ich seine Erwägung auf den §. 9. verschieben, wo von der Form des Erbeinsetzungsvertrags weitläuftiger gehandelt werden wird. Hier bemerke ich nur, daß die Auflassung nicht bloß eine äußerliche Form war, sondern daß sie das Geschäft bis in seine innersten Theile beherrschte, indem dessen juristische Existenz durch die Uebertragung der Gewere überhaupt erst möglich ward; wollte man also annehmen, daß auch hier die Schrift an die Stelle der Auflassung getreten sey, so müßte sie auch die Wirkung dieses letzteren Actes behalten haben, — was aber für diesen Fall nicht leicht jemand allgemein behaupten wird. Vergabung und Erbvertrag wurden vielmehr von einem verschiedenen Princip beherrscht, und wenn man das geschichtliche Verhältniß zwischen beiden angeben will, so fragt es sich nicht, ob die Vergabung, nachdem die Auflassung verloren gegangen war, als Erbeinsetzungsvertrag fortbestand; sondern ob das letztere Geschäft sich aus dem ersteren organisch entwickelt hat?

Um nun für die Erörterung dieser Frage einen festen Boden zu gewinnen, ist es zunächst nothwendig, die Zeit, wo die älteren Vergabungen aus der deutschen Praxis ver-

schwunden sind, genau zu bestimmen, zu welchem Zwecke man denn namentlich die Periode aufsuchen muß, in der sie noch zuletzt allgemein angewandt wurden. Das war nun, wie sich zeigen läßt, noch in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts der Fall: aus dieser Zeit kommt noch die Vergabung durch Auflassung in Sachsen vor [5]), ferner am Mittelrhein [6]) und am Oberrhein [7]); sie ist sogar noch in den reformirten Stadtrechten von Lübeck [8]) und Hamburg [9]) vorgeschrieben, also gerade da, wo das römische Recht nur zu einem beschränkten Einfluß gelangt war. Wenn daher Zasius an einer Stelle, wo er von den hörigen Leuten in Deutschland und dem Unterschied zwischen ihnen und den römischen Sklaven spricht [10]), anführt,

5) S. Th. I. S. 133. Note 6.

6) S. a. a. O. S. 93. und 95. — J. Fichard cons. II. 126.

7) S. Retorica unnd Formulare — durch Alexandrum Hugen. Getruckt zu Tüwingen. — (1528.) Bl. 150.² 151.¹ und öfterer. (Der Verf. nennt sich Stadtschreiber in Klein-Basel, Pforzheim und Kalw).

8) Lüb. Stadtr. von 1586. lib. I. tit. 6. §. 2.

9) Hamb. Stadtr. von 1603. Th. III. Tit. 1. Art. 18. Item wo eine Fraw und Mann seyn, die ihr Gut zusammen geben, und keine Kinder haben, Wiederspricht dieselbe Gabe niemandt binnen Jahr und Tag: So soll dieselbe stett vnd krefftig sein, Wer aber dieselbe Gabe beyspricht, Der soll sie innerhalb Jahres vnstete machen, mit vollnkommener angestalter Klage, Darauff der Rath hernacher zu gelegener Zeit mag erkennen, und Recht sprechen." Der Anfang der Stelle und die Art, wie das Beispruchrecht der Erben normirt wird, weisen deutlich auf die Auflassung hin; jetzt wird das Geschäft als eine gerichtlich vollzogene Schenkung, welche erst nach des Schenkers Tode in Kraft treten soll, aufgefaßt. S. J. K. Gries, Commentar zum Hamb. Stadtrecht, herausgegeben von Westphalen. II. S. 117. — Auf eine ähnliche Weise suchte schon Mevius ad jus lub. I. 6, 2. dasselbe Geschäft des lübschen Rechts unter Berufung auf H. Pistoris zu deduciren. Vgl. unten §. 8. am Ende.

10) U. Zasius, singul. respons. lib. I. cap. 3. in opp. tom. V. Francof. 1590. fol.

sie dürften wohl Testamente machen, er habe aber ein solches von ihnen nie gesehen, da die niedrigen Volksklassen in Deutschland sich der Testamente nicht zu bedienen pflegten: so darf man wohl annehmen, daß eben die Vergabungen von Todes wegen damals unter dem Volke noch gebräuchlich waren, — womit denn auch eine andere Aeußerung desselben Schriftstellers übereinstimmt [11]). Gerade damals begann nun aber das römische Recht mit aller Macht in Deutschland einzudringen, und ward den einheimischen Vergabungen von Todes wegen um so gefährlicher, weil die Geistlichen schon früh für die letztwilligen Verfügungen des fremden Rechts gewirkt hatten, und die Juristen gerade in dieser Lehre besonders aufgeregt waren, da sie, das römische Princip über seine Grenze hinausführend, die Testirfreiheit als ein unveräußerliches Gut der allgemeinen Menschenrechte ansahen. Wie sie sich nun im Allgemeinen zur Vergabung und zum Erbvertrag stellten, habe ich in den beiden vorhergehenden §§. gezeigt; hier wo von dem ersteren Institut in seinem besondern Verhältnisse zum Erbeinsetzungsvertrage die Rede ist, muß noch die unmittelbare Einwirkung des römischen Rechts auf dasselbe beachtet werden. Diese zeigte sich nun theils in der Zersetzung der deutschrechtlichen Geschäfte mit römischen Grundsätzen, theils in ihrer Verdrängung aus der Praxis. Namentlich die erste Beziehung ist für uns sehr interessant, weil sich daraus nachweisen läßt, daß gerade die Lehre von der vertragsmäßigen Erbfolge, welche man so gerne als einen dem deutschen Recht eigenthümlichen Zug hat darstellen wollen, erst durch die Schwächung der alten Vergabungen in Folge der Einwirkung des römischen Rechts freie Bahn gewann.

---

11) l. c. lib. II. cap. 7., s. oben §. 6. Note 38. 39.

Um es nun zuerst recht anschaulich zu machen, wie das römische Recht sich in das ihm fremde deutsche Geschäft in der Praxis eindrängte, wähle ich statt mehrer Beispiele eins aus der so eben angeführten Formelsammlung, wo eine deutschrechtiche Vergabung, die noch auf die Auflassung gebaut ist, "in krafft ires letzten willens in testaments weise" gelten soll [12]. Hier zeigt sich nun freilich

12) In der Note 7. citirten Retorica u. s. w. findet sich Bl. 153.[a] die "Forma eines guten gemechtsbrieff." Schultheiß und das Gericht zu N. thun kund, daß eine Edelfrau mit ihrem Voigt und Ehemann vor ihnen erschienen sey und erklärt habe, "wie sie das in krafft ires letzten willens in testaments weise, als sie denselben iren letzten willen vor uns offenlich bezeugt haben wolt, auch nach ordnung der gaben unter den lebenden, und sonder nach den rechten Codicillorum, und sunst in alle die best weg, weiß, form und gestalt, so sie nach herkomen und loblichen gewonheiten geistlicher und weltlicher gerichten und rechten, auch dieser landen unnd sonder des Fürstenthumb der Marggraffschafft Baden und darzu der statt Pfortzheim — gethun kündt und möcht, — irem haußwirt als irem rechten natürlichen erben, alles ir gutt, so sie gegenwertigklich hett oder künfftigklich immer ererben, herringen, gewinnen und erobern möchte, — — zusetzen, zuordnen und zumachen, setzt, ordnet und macht mit dem obgenanten irem vogt und er in vogtlicher weise mit ir, mit mund, hand, sicherheit und aller gewarsamy, — — denselben B. iren eelichen haußwirt — — zu irem rechten, natürlichen, unzweifenlichen, unwiderrufflichen, bestentlichen und krefftigen erben — —. gleicherweiß als ob diß gab, gemecht und erbschafft vor des heiligen Rö. Reichs hoffgericht zu Rotweil krefftigklich bestetigt und confirmiert were; dann sie sich selbs und all andere personen, gesipt und ungesipt, jetz als zur selben zeit des fals (d. h. ihres Todes) und zur selben zeit als auch jetz, aller eigenschafft, ansprach, gewalt, gewör, nutzung und erbschafft gentzlich entsetzt, entschalten, entwörtt, verzigen, und dagegen den gemelten iren haußwirth N. und desselben erben, des alles vor uns, mit allen sollemniteten, und wie sich gebürt, in ruwige besitzung gewalt und gewöre krefftigklich und unwiderruflich gesetzt und gelassen haben wolt" — —. Man sieht aus

eine noch ungeübte und rohe Cautelarjurisprudenz in ihrer Schwäche; aber es war doch gewiß nicht ohne einen practischen Grund, daß man das Geschäft auch dem fremden Rechte gemäß abzufassen, und zwischen dem Verschiedenartigen eine freilich sehr äußerliche Versöhnung herbeizuführen geneigt war. Je mehr die höheren Gerichtshöfe anfingen, sich nach den fremden Principien zu richten, desto ängstlicher mußte man im Volke werden, und daher sprach man die Hülfe der Notare an, um das gewohnte Geschäft wo möglich so abzufassen, daß es auch dort für rechtsbeständig gelten konnte. Gerade in dem angeführten Beispiele zeigt sich aber die Einwirkung römischer Begriffe auf das Recht, welches der Bedachte erhalten sollte, und welches, obgleich eigentlich ein Gesammteigenthum, hier als Erbrecht dargestellt wird, zwar nicht in consequenter Durchführung, aber doch so, daß man die Einwirkung des fremden Rechts deutlich erkennt. Dieselbe Erscheinung, nur noch bestimmter und geregelter, tritt in der sächsischen Gesetzgebung hervor. Davor hüteten sich die Juristen, denen die Ausarbeitung der chursächsischen Constitutionen aufgetragen war, allerdings mit leichter Mühe, daß sie die deutsche Vergabung von Todes wegen mit dem Testamente zusammen stellten; aber da ihnen das alte Geschäft nicht geläufig war, und sie nach dem damaligen Stande der Doctrin einen Erbeinsetzungsvertrag nicht anerkennen konnten, so griffen sie nach einer andern römischen Analogie, und führten eine gerichtliche donatio omnium bonorum causa mortis in die säch-

---

dem Zusammenhang der ganzen Formel, daß sie keine fingirte ist, sondern eine wirkliche Urkunde, vielleicht ein Extract aus dem Gerichtsprotokoll von Pforzheim, worauf der Eingang, und die Worte: "des alles vor uns", hinweisen.

sische Jurisprudenz ein [13]). Hier war denn freilich kein Uebergang auf eine Erbeinsetzung durch Vertrag, aber B. Carpzov [14]) ließ sich schon verleiten, auf das neue Geschäft die Analogie des gerichtlichen Testaments anzuwenden, und die churfürstliche Decision von 1746 [15]) änderte es in den Erbeinsetzungsvertrag um.

Noch wichtiger aber, als diese groben Ansätze des fremden Rechts an das deutsche Geschäft, mußten für dasselbe die römischen Grundsätze seyn, welche über Gegenstände des Erbrechts immer mehr verbreitet wurden. Ein=

---

13) Const. Aug. Elect. p. III. const. 1. Von den Ubergaben, so auff den Todesfall geschehen. "Es haben vor dieser Zeit aus dem Text des Sächsischen Rechtens, im dreyßigsten Artikel des andern Buchs, etzliche gehalten, daß krafft desselbigen und deren darauff eingeführten Gewohnheit, in unsere Landen ein Erbe, so ab intestato succediret, nicht Macht habe, in dem Fall, wann sein Vorfahr alle seine Güter auff den Todes = Fall, donatione causa mortis, vorgeben, den vierten Theil davon abzuziehn, und sich der Wohlthat ex lege Falcidia, vom gemeinen kayserlichen Rechten geordnet, zu gebrauchen. Dawider aber ist in unsern Schöppenstülen von etzlichen anhero gesprochen worden. Damit nun darinnen auch eine Gewißheit sey, — — So ordnen, constituiren und setzen wir, daß allen und jeden Ubergaben, so vor Gericht geschehen, darinnen alle Güter auff den Todesfall vorgeben, welches die Rechte donationes omnium bonorum causa mortis nennen, stracks nachgegangen, und solche Güter alle dem, welchem sie auff den Todesfall geschenkt, folgen und geeignet werden sollen, der Erbe ab intestato auch nicht Macht habe, den vierten Theil davon abzuziehn" — —. Der Eingang des Gesetzes weist ganz bestimmt auf die Vergabung von Todes wegen als das Geschäft hin, worüber die Vorschrift erlassen ward (s. Th. I. S. 152 ff.); an eigentliche Erbverträge, von denen Haubold, Lehrbuch des Königlich = Sächs. Privatrechts §. 333. Note a, die Stelle verstehn möchte, konnten die Redactoren der Constitution nach dem damaligen Stande dieser Lehre in der Doctrin nicht denken.

14) B. Carpzov, jurisprudentia forensis, p. III. const. I. def. 8.

15) S. unten §. 10.

mal drang der Begriff eines Erben als Universalsuccessors, zu dem sich auch schon das einheimische Recht in späterer Zeit selbständig hingeneigt hatte, immer mehr durch; vor Allem aber übten die letztwilligen Verfügungen, welchen schon durch das canonische Recht und die Bestrebungen der geistlichen Gerichte so wirksam vorgearbeitet war, einen entscheidenden Einfluß auf die Stellung der deutschen Geschäfte aus. Denn durch sie ward der Grundsatz gebrochen, daß man, abgesehen von den Vergabungen der fahrenden Habe, nur durch die Uebertragung der Gewere eine Verfügung von Todes wegen machen konnte, und in dieser Beziehung stand denn das Testament dem Erbvertrag ungleich näher, als der alten Vergabung, weil, wenn einmal durch die bloße Willenserklärung über den Tod hinaus verfügt werden konnte, der Vertrag am Ende dasselbe Recht in Anspruch nehmen mochte, als die einseitige Verordnung.

Bringen wir hiermit nun in Verbindung, daß mit Ausnahme einzelner Statutarrechte, die alten Vergabungen von Todes wegen im Laufe des 16. Jahrhunderts untergingen; so kommt man zu der Frage, wohin man sich denn gewandt habe, als jene Geschäfte aufgegeben wurden, ob zu den letztwilligen Dispositionen des fremden Rechts oder zum Erbeinsetzungsvertrage?

Mühlenbruch [16]) warnt uns hier davor, den geringen Gebrauch der Erbverträge in der früheren Zeit daraus herleiten zu wollen, daß die Statute ihrer so selten gedenken, und überhaupt kaum als eines selbständigen Instituts, sondern nur gelegentlich bei Veranlassung der Ehestiftungen. Auch sind die Gründe, welche er dafür beibringt, sehr halt-

16) In der Fortsetzung von Glück's Commentar, Theil 38. S. 14 ff.

bar, und finden auf die Erbverzichte ihre volle Anwendung; allein daß der Erbeinsetzungsvertrag schon frühe in Uebung gekommen sey, ist eine Annahme, der man die entscheidendsten Gründe entgegensetzen kann. Die Periode, wo er vornämlich hätte in die Praxis übergehen müssen, war die des Untergangs der Vergabungen, also gerade eine solche, in der der Einfluß der gelehrten Juristen schon übermächtig war, und ein Institut sich nur unter ganz besonderen Umständen gegen ihre bestimmte Meinung geltend machen konnte. Aber sie selbst sind ja nach und nach zur unbeschränkten Anerkennung der Erbverträge übergetreten! Darin scheint doch der Beweis zu liegen, daß die Macht des Instituts ihren Widerspruch in sich selbst zerstört hat. — Diese Verhältnisse nun bedürfen einer genauen Untersuchung; es muß festgestellt werden, wo die Quelle für die gemeinrechtliche Geltung des Erbeinsetzungsvertrags zu suchen ist: ob derselbe sich als ein natürliches und heilsames Institut frei und organisch aus dem wahren Volksbedürfnisse entwickelt hat, oder einem andern Umstande, etwa einer theoretisirenden Jurisprudenz seine Anerkennung verdankt. Dabei ist denn sowohl auf den Erbeinsetzungsvertrag im Allgemeinen, als ein Mittel der Zuwendung von Todes wegen, Rücksicht zu nehmen, als auch auf die besonderen Institute, welche durch die Einwirkung des Princips auf eigenthümliche Verhältnisse entstanden sind; und die Untersuchung muß es zeigen, ob das Princip von Anfang an herrschend, nur in einzelnen Fällen besonders benutzt worden ist, oder ob man umgekehrt aus einzelnen Fällen die Geltung des Princips im Allgemeinen gefolgert hat.

Wollten wir nun diese Sache nach der Darstellung entscheiden, welche früher von der Entwicklung der Erbverträge in der Literärgeschichte gegeben worden ist, so

würde anzunehmen seyn, daß der Grundsatz einer Erbeseinsetzung durch Vertrag sich ursprünglich bei einigen besonderen Instituten entwickelt habe, und von da aus zu einer allgemeinen Gültigkeit gelangt sey. Denn erst nachdem man die Erbverbrüderung, die Einkindschaft und die Erbeinsetzung in Ehestiftungen als gemeinrechtliche Institute anerkannt hatte, that man einen Schritt weiter, und nahm für das Princip selbst die volle und unbeschränkte Geltung in Anspruch. Und in der That ist die Praxis in dieser Lehre der Doctrin nicht vorausgeeilt. Daher werden allenthalben, wo sich die älteren Juristen auf Praxis und Gewohnheit berufen, eben jene besondern Geschäfte angeführt, der Erbeinsetzungsvertrag im Allgemeinen aber nie, und auch die älteren Sammlungen von Consilien und Responsen enthalten meines Wissens kein unzweifelhaftes Beispiel eines solchen Geschäftes, während jene besonderen Modificationen desselben die zahlreichsten Fälle für die juristische Beurtheilung darboten. Ich halte nun dafür, daß dieser Umstand schon ganz entscheidend ist: denn je zweifelhafter jenes Geschäft in seiner juristischen Haltbarkeit gewesen wäre, eine um so größere Aufforderung hätten die Interessenten gehabt, sich darüber eine Rechtsbelehrung zu erbitten; und wenn man auch einwenden wollte, daß die betheiligten Personen dieß werden unterlassen haben, da sie doch schon im Voraus von der ungünstigen Entscheidung überzeugt seyn konnten, so paßt das doch nur auf die Partei, welche das Geschäft aufrecht zu erhalten wünschte. Jeder, der durch den Erbeinsetzungsvertrag verloren hätte, würde nicht ermangelt haben, sich sein Recht durch ein nicht zweifelhaftes Gutachten zu sichern, oder durch eine bestimmte Entscheidung anerkennen zu lassen. — Betrachten wir nun ferner die Statute, so findet sich

auch hier vor der Mitte des vorigen Jahrhunderts keine Spur, daß der Erbeinsetzungsvertrag im Allgemeinen anerkannt sey; erst die oben angeführte sächsische Decision von 1746. und das bairische Gesetzbuch [17]) haben ihn in seinem ganzen Umfange aufgenommen. Es liegt hier also der natürliche Gang der Rechtsentwicklung vor, als die Gesetzgebung erst dann des Institutes sich bemächtigte, als die Doctrin über dessen Statthaftigkeit ins Reine gekommen war. Dieß Schweigen der älteren Statute liefert nun allerdings, wie Mühlenbruch richtig bemerkt, keinen directen Beweis dagegen, daß der Erbeinsetzungsvertrag im Leben von Bedeutung gewesen sey; aber in Verbindung mit dem so eben Vorgetragenen ist es doch sehr der Beachtung werth. Auch darf man die Art und Weise ja nicht übersehen, wie von dem Geschäfte gesprochen wird, wenn von seinem Verbote die Rede ist. Das ist nie so gefaßt, wenn es überhaupt vorkommt, daß man die Absicht darin erkennen könnte, einem verbreiteten Geschäfte entgegen zu treten; sondern es stellt sich als ein theoretischer Satz über die Ungültigkeit des Instituts dar. So wie man aber auf die bestimmte Anwendung für einen besondern Fall, z. B. bei den Ehestiftungen kommt, nimmt das Gesetz eine andere Haltung an, und giebt sich zu der Praxis eine entschiedene Stellung [18]).

Es bleibt nur noch zu untersuchen, wie sich denn der

---

17) Codex Max. Bavar. civ. (von 1756.) Th. III. Cap. 11. §. 1.

18) In der Frankf. Reformation von 1509. war bloß die Gewohnheit, in Ehestiftungen einen Erben einzusetzen, erwähnt und verboten (s. unten Note 39.); in der Reformation von 1578. (Th. III. Tit. 2. §. 4. und 5.) ist das Verbot allgemein, aber die Anwendung und Beschränkung desselben geht nur auf die Ehestiftungen. Vgl. Solmſ. Landr. von 1571. Tit. 18. — Lüneburger Stadtr. Th. III. Tit. 5. (Pufendorf. obseruvtt. IV. Num. XXI. in app.)

Erbeinsetzungsvertrag in der besonderen Anwendung auf einzelne Geschäfte verhalten habe, und wie von hieraus auf die allgemeine Natur der Lehre eingewirkt worden sey. Was nun zuerst die **Erbverbrüderung** betrifft, und zwar in Beziehung auf ihre eigene Beschaffenheit, so darf angenommen werden, daß erst die gelehrten Juristen das Prinzip der Aufnahme ins Gesammteigenthum abgestreift haben [19]), indem sie den Begriff des reinen Erbeinsetzungsvertrags, den sie aus dem Gegensatz des römischen Rechts kennen gelernt hatten, zu ihm mitbrachten, und Ausnahmsweise gerechtfertigt glaubten. Daher bot die Erbverbrüderung der Doctrin freilich ein denkwürdiges Beispiel solcher Geschäfte in Deutschland; aber sie bewegte sich doch in einer so engen und abgeschlossenen Sphäre, da sie fast allein beim hohen Adel vorkam, daß sie selbst in der neuen Gestalt, in welcher die Juristen sie auftreten ließen, auf die Gewöhnung und Anschauungsweise des Volkes schwerlich wird eingewirkt haben. Die **Einkindschaft** ferner will ich hier ganz außer Acht lassen, weil es einer späteren Untersuchung vorbehalten ist, deren Stellung zu den Erbverträgen zu zeigen; es ist hier also nur noch die vertragsmäßige Erbeseinsetzung in Ehestiftungen zu betrachten. Diese aber ist für die gegenwärtige Untersuchung und überhaupt in ihrer Stellung zur ganzen Lehre so wichtig, daß darüber weitläuftiger gehandelt werden muß.

Das ältere Güterrecht unter den Ehegatten bedurfte des Erbeinsetzungsvertrags nicht, um zu seinem einfachen Ziele zu gelangen. Witthum und Morgengabe befriedigten und sicherten die besonderen Ansprüche der Frau, und wollte man aus Liebe noch ein Uebriges thun, so bot die Verga-

---

19) S. oben §. 5. Note 22., §. 6. Note 2. und Th. I. S. 237.

bung von Todes wegen, die hier gewöhnlich wechselseitig geschah, die bequemste und geläufigste Form dazu dar. Nach und nach aber verschoben sich die einfachen Verhältnisse immer mehr: die Rechte der Ehegatten an das gegenseitige Vermögen dehnten sich mehr aus; über den Tod des Einen hinaus wurden an dessen Vermögen dem andern gewisse Vortheile eingeräumt, wenn sie auch nur in Nutz und Gewer bestanden; an vielen Orten bildete sich der Grundsatz einer statutarischen Portion, und also eines Erbrechts unter den Ehegatten, welches zum Theil jene alten Einrichtungen verschlang [20]). Das Güterrecht der Ehegatten beruhigte sich indessen nach und nach von diesen verschiedenen Schwankungen, über deren allgemeinen Charakter Eichhorn [21]) so lehrreiche Aufschlüsse gegeben hat; es gelangte zu festen Instituten, unter denen namentlich die Gütergemeinschaft in ihren verschiedenen Erscheinungen hervorgehoben werden muß. Fragt man nun nach den Mitteln, durch welche die Beruhigung und Fixirung dieser Verhältnisse gelungen ist, so läßt sich nach dem ganzen Entwicklungsgange des älteren deutschen Rechts erwarten, daß die stillwirkende Kraft der Gewohnheit dabei den wichtigsten Einfluß gehabt hat. Die endliche Erledigung durch positive Gesetze folgte gewöhnlich erst dann, wenn die neue Richtung sich im Leben schon durchgekämpft und begründet hatte; und zauderte man zu lange mit dem Gesetze, so griff die Autonomie, welche alle Verhältnisse bis zur Familie herunter durchwebte, helfend und fördernd ein, war auch dann aber mehr ein Organ des sich zeigenden Bedürfnisses, als daß sie umgekehrt eine neue Ordnung selb-

---

20) S. Theil I. S. 221.

21) Staats- und Rechtsgeschichte II. §. 370.

ständig herbeigeführt hätte. Aehnlich verhielt es sich nun mit den Ehestiftungen, welche benutzt zu werden pflegten, um die rechtlichen Folgen der Ehe in Beziehung auf das Vermögen ganz genau anzugeben und zu bestimmen. Man findet darin regelmäßig die Güter oder die Summen genannt, welche als Witthum, Morgengabe und Widerlage ausgesetzt waren, ferner den gesetzlichen Antheil, welchen der Ueberlebende an der Fahrniß nahm, bei vornehmen Personen den Wittwensitz, und wenn es nöthig schien, ward der Erbverzicht der Tochter unter Beziehung auf die für sie bestimmte Aussteuer eingerückt [22]). Die besondere Beschaffenheit der Eheverträge, welche namentlich auf der Theilnahme der angesehensten und nächsten unter den beiderseitigen Verwandten beruhte, machte es aber auch möglich, daß hier Beredungen vorkommen konnten, welche ohne den Zutritt jener Personen schwerlich für rechtsbeständig gehalten worden wären [23]), — auf eine ähnliche Weise, wie durch die Zustimmung der nächsten Erben eine Vergabung auf dem Siechbette gültig ward [24]). Daran schließt sich denn die Annahme bereitwillig an, daß unter solchen Umständen auch Erbeinsetzungsverträge in die Ehestiftungen aufgenommen worden sind. Wenn man dieses aber auch in einer gewissen Ausdehnung zugeben müßte, so würde sich der Uebergang dieses Instituts von dem besonderen Geschäfte auf andere Verhältnisse und zu einer allgemeinen Geltung daraus noch nicht nothwendig erklären; es müßte noch außer-

---

22) Ich verweise hier beispielsweise auf das diplomatarium Rieneccianum bei Guden. cod. dipl. tom. V., wo eine interessante Sammlung solcher Eheverträge aus dem Hause Rieneck in chronologischer Folge sich findet.

23) S. oben §. 2.

24) S. Theil I. S. 250. Note 20. und 21.

dem nachgewiesen werden, daß auch für die Ausdehnung dasselbe Bedürfniß vorlag, welches bei den Eheverträgen das Institut hervorgerufen hatte. Ehe ich mich aber darauf einlasse, Schlüsse zu ziehen und Folgerungen zu machen, soll, so weit die Quellen es gestatten, der Anwendung des Erbeinsetzungsvertrags auf die Ehestiftungen nachgeforscht werden, um für die weitere Deduction einen sichern Grund zu gewinnen.

Die ersten Spuren eines Gedings bei Eingehung der Ehe zeigen sich bei solchen Rechtsverhältnissen, welche mit der gerichtlichen Auslobung von fahrender Habe auf den Todesfall zusammengestellt werden müssen. Die Frau nimmt nach dem sächsischen Landrecht [25]) bei der Scheidung ihr Eingebrachtes heraus oder soviel von des Mannes Gut, als ihr gelobt ward, da sie zusammen kamen; dasselbe Geding erwähnt auch das schwäbische Landrecht [26]), und beschränkt es ebenfalls ausdrücklich auf die fahrende Habe. Juristisch betrachtet stellte sich nun das Geschäft so dar, daß es eine Obligation hervorrief, deren Erfüllung auf den Erben gestellt ward; wie das auch der Fall war bei der gelobten Morgengabe und der an Mobilien bestellten Leibzucht nach dem späteren sächsischen Rechte: an einen eigentlichen Erbeinsetzungsvertrag ist hier noch nicht zu denken [27]). Allgemeiner und weniger bestimmt drückt sich das Augsburger Stadtrecht [28]) aus, so daß, wenn man diese Stelle bloß

25) Sächs. Landr. III. 74.

26) Schwäb. Landr. (C. A.) cap. 141. 143.

27) S. hierüber Theil I. S. 156 ff. 214 ff.

28) Augsb. Stadtrecht von 1276. in der Sammlung teutscher Rechtsalterth. von M. von Freyberg Band. I. Heft. 1. (Mainz 1828.) S. 89. "Ist auch daz einer Frowen ir wirt stirbet — — unde lat ir chinden varnde gut. aigen. erbe gut. erbelehen. oder zinslehen. — — die mak wohl irre chinde getriwer phläger sin. an allen

für sich und ohne Rücksicht auf andere, gleichzeitige Rechtsquellen betrachtete, darin die Möglichkeit einer Erbeseinsetzung durch Vertrag ausgesprochen scheinen könnte. Allein eine solche Annahme würde voraussetzen, daß ein einzelnes Statut von dem allgemeinen Entwicklungsgange in dieser Lehre abgewichen sey, indem es ein Geschäft anticipirt habe, welches auch in Verbindung mit Ehestiftungen erst viel später auftaucht; es ist daher erlaubt, sich nach einer andern Erklärung umzusehen, und diese bietet sich auch leicht dar. Wenn man nämlich den Schlußsatz: "Swaz ir do geheizzen wart" u. s. w. nach Analogie der andern gleichzeitigen Rechtsquellen bloß auf die fahrende Habe bezieht, so ist darin dasselbe Geschäft gemeint, welches wir so eben aus den sächsischen Quellen und dem schwäbischen Landrecht kennen gelernt haben. Auch die älteren Statuten von Lübeck und Hamburg enthalten keine Spur von einer Erbeinsetzung durch Ehezärter[29]), eben so wenig die von Bremen[30]), und in Sachsen hielt man es noch

---

dem gute als davor geschriben stat. Ez enwäre danne als verre, daz si in den witzen niht wäre, noch in der beschaidenheit, davon si unde irie chint verderben mochten. so habent ir beider frionde den gewalt wol mit rechte. daz si des gutes mit ir phlägen suln — — ez enwäre danne als verre, daz ez mit rehten gedingede dohin chomen wäre, da si sich gesämeten mit der e. swaz ir do geheizzen wart. waz man ir sins gutes gäben solte. ob si in vberläbte, mak si daz bringen mit hantfesten ob si si hat. daz sol stäte sin. hat si der niht. so sol si ez bringen selbe sibende, mit erbären gemeinen friönden die da bi waren." — Die Pfleger treten im Interesse der Kinder ein, diese haben aber kein Recht an dem Gute, was der Mutter ausgelobt war, und dessen Verwaltung ihr daher allein bleibt.

29) S. Gries, Commentar zum hamb. Stadtrechte, herausgegeb. von Westphalen. II. S. 120.

30) Vgl. Donandt, Versuch einer Geschichte des bremischen Stadtrechts. II. S. 95 - 211.

zu Anfang des 16. Jahrhunderts für nöthig, daß die Beredung in einer Ehestiftung, der zufolge der Mann nach dem Tode der Frau ihr Vermögen bekommen sollte, durch die gerichtliche Auflassung unter die Grundsätze der alten Vergabung gebracht wurde [31]). Die reformirte Landesordnung für Tyrol endlich, die noch so Vieles von den alterthümlichen Einrichtungen der Vorzeit bewahrt hat, eifert gegen die fremden und gefährlichen Pacte und Gedinge, welche in die Ehestiftungen aufgenommen, das Recht der Kinder und nächsten Verwandten bedrohten [32]). Nach dem Zusammenhange können darunter nur die Erbeinsetzungsverträge verstanden seyn, welche man zur Zeit der Abfassung des Landrechts in Tyrol also noch für fremde Institute hielt.

Faßt man nun das Angeführte zusammen, so möchte daraus die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß bis zur entschiedenen und ganz allgemeinen Reception des fremden Rechts der Erbeinsetzungsvertrag sich auch nicht in Ehestiftungen geltend gemacht hat. Dagegen aber spricht nun das fast einstimmige Zeugniß der Juristen von Zasius an, welche gerade solche Geschäfte als im einheimischen Rechte begründet ansehen, an deren häufigen Gebrauch

31) S. Theil I. S. 133. Note 6.

32) New Reformierte Landsordnung der Fürstlichen Grafschafft Tyrol von 1573. Buch III. Tit. 1. Von Mahelschafft und Eheberedungen. Und wo aber verbrieft Mahelschafften aufgericht werden, So söllen doch die parthеyen sich darinn den gemainen Landsbrauch, mit verweisung des Heyratguets, betruwung der Morgengab unnd in ander weg gleichmäßig halten, unnd nit vil frömbder ungewöndlicher beschwärlicher und gevärlicher Pact oder geding machen, die künfftigklich den Eelichen kindern oder nächsten Freundten zu groẞem Schaden und nachtail raichen möchten: dann wo das also gefärlich beschehe, So sal dasselb kain würckung oder krafft haben. — Vgl. unten Note 44.

keinen Zweifel aufkommen lassen, und für sie nur einen gemeinrechtlichen Titel aufzufinden bemüht sind. Zwar läßt sich gegen die Genauigkeit ihrer Auffassung Vieles einwenden, und manche Zweifel dagegen erregen, ob in allen Fällen, wo sie einen Erbvertrag zu finden glaubten, ein solcher auch wirklich vorhanden war. Zasius selbst bietet die Veranlassung zu solchen Bedenklichkeiten: an einer Stelle [33]) spricht er von dem gewöhnlichen Inhalt der Ehestiftungen, und rechnet namentlich dahin die dos und donatio propter nuptias, ferner nach deutscher Gewohnheit viele andere Beredungen: was nach dem Tode des einen Gatten der Familie, der Dienerschaft (servis) gegeben werden, wohin diese oder jene Güter fallen sollen und anderes mehr, was man so nebenbei (minus principaliter) in Ehestiftungen auszumachen pflege. Dieß Alles scheint er unter die Erbverträge zu begreifen, da er im Allgemeinen sagt, es sei contra jus, womit auch seine Vertheidigung der pacta de successione reservanda zu vergleichen ist [34]). Wenn er nun anderswo [35]) wieder behauptet, das römische Verbot des Erbeinsetzungsvertrags werde in Deutschland notorisch nicht befolgt, so ließe sich denken, daß er in seiner Furcht vor diesem incivilen Institut es zu leicht in Geschäften, deren Umstände er nicht alle reiflich erwogen, gefunden habe. Bestimmungen über den Rückfall der Güter, über Schenkungen an Freunde und Dienstboten und dgl. mehr sind noch nicht gleich Erbverträge: hatten doch auch die Römer ein pactum de dote lucranda! Auch wird häufig eine gewohnheitsrechtliche Norm über die Erbfolge nur der größeren Sicherheit wegen in die Ehestiftung

33) S. oben §. 5. Note 16.
34) S. oben S. 127.
35) S. oben §. 5. Note 16.

aufgenommen worden seyn, und dadurch, obgleich sie auch ohne dieß zur Anwendung gekommen wäre, den Schein einer gewillkührten Succession erlangt haben [36]); endlich berechtigen uns andere Vorgänge zu der Annahme, daß von den gelehrten Juristen die Auflassung nicht selten übersehen, und dadurch für sie der Grenzstein zwischen den deutschrechtlichen Vergabungen und den Erbverträgen verrückt worden sey. Dieß kommt nicht allein insofern in Betracht, als die Beredungen in den Ehestiftungen durch die Auflassung gestätigt wurden; sondern auch bei den gewöhnlich gegenseitigen Vergabungen der Ehegatten während der Ehe, für welche die alte Form noch in später Zeit fortdauerte [37]). Hier wird manche Verwechslung vorgekommen seyn; auch die Statute stellen diese Geschäfte zuweilen zusammen. Das kölnische Stadtrecht [38]) handelt freilich wohl ganz unzweifelhaft nur von solchen Vergabungen unter Ehegatten

---

36) Mir selbst ist es sehr aufgefallen, daß in den oben Note 22. citirten Urkunden so häufig die Beredung vorkommt, die Frau solle nach des Mannes Tode ein Drittel der fahrenden Habe bekommen, und ich war schon geneigt, hier sehr frühe Spuren eines Erbeinsetzungsvertrags anzunehmen, als ich fand: Guden V. p. 456. — "darczu eynen dritten teyln an der Gerade unnd Mußteyln, das yr vonn Rechten geburenn mochte." — daß die Frau auch nicht in Beziehung auf diesen Theil der fahrenden Habe als Erbin galt, zeigt eine andere Urkunde, a. a. O. S. 420. — "Ir solt auch alsdan volgen vnd werden ein Drittheil an allem Husrade, Silbergeschirre, gereidem Geldt, Wein vnd andern Fruchten, wes des in den Kelnerinen vnd Slossen — —. Sie solt auch kein Schuldt, die er (sc. der Gemahl) nach seinem Todt schuldig geplieben were, schuldig seyn zu bezalen, sondern sein Erben die bezalen sollten."

37) S. oben Note 8. und 9.

38) Stadtrecht von Köln von 1437. Art. 9. — Diese Stelle und Eichhorn's abweichende Erklärung derselben wird unten §. 9. weitläuftiger erörtert werden.

während der Ehe; aber das Statut von Worms[39]) berücksichtigt im Titel, wo von Uebergaben unter Ehegatten die Rede ist, auch die Beredungen und Gedinge, welche bei Eingehung der Ehe gemacht worden sind, und erkennt sie für vollgültig und bindend an.

Hier scheint also ein Erbeinsetzungsvertrag vorzukommen, der wenigstens nicht direct auf die Opinionen der gelehrten Juristen zurückgeführt werden könnte; denn wenn diese auch einen großen Einfluß auf die Abfassung des wormser Statuts gehabt haben, so war damals doch die Lehre von

---

39) Stadtr. von Worms von 1498. Buch 4. Th. 2. Tit. 8. Vonn übergaben, die da geschehen zwyschen Ehleuten. "Setzen, ordnen und wöllen, das Ehleut, die nit Kinder haben, ein ander geben, erben und zu erben machen mögen in allen und jeden iren beweglichen und unbeweglichen eraugen und gewonnen, und zum halben theil im zubrachten und ererbten gütern." — Sind Kinder da, so dürfen sie sich nur den halben Theil der fahrenden Habe geben oder setzen; dann heißt es weiter: "Doch wöllen wir nit, das durch diß unser gesetz und ordnung den verschreibungen, beredungen unnd geding oder gemechts, so in beteidigung der eh oder hinlich einiger abbruch oder verletzung geschehen soll." — Ob hier indessen der eigentliche Erbeinsetzungsvertrag gemeint sey, kann noch immer zweifelhaft seyn. Für die Vergabungen unter den Ehegatten ward übrigens der Grundsatz des römischen Rechts über die Widerruflichkeit der donatio inter virum et uxorem aufgenommen, doch aber die Uebergabe der geschenkten Sachen nach den strengen Grundsätzen des ältern deutschen Rechts festgehalten. — "Und damit solich übergaben oder gemechts, so geschehen zwischen ehelichen Gemaheln, krefftig und von werden seien, gehört darzu, das sollich mit tod ir eins bestetigt, also das es bei irer beider lebtagen nit offenlich widerruft werd. Zum andern, das ein ehlich gemahel dem andern die übergaben hab und güter zu seinen handen stelle und eingebe, dann das einstellen und übergeben ist in dem fall ein weeßlich stuck und von nöten, one das die übergab nit macht hat." — Dieß bezieht sich denn wohl so gut auf die Auflassung, als auf die Tradition der Fahrniß; an pacta dotalia mixta ist hier, wo es sich von Schenkungen unter Ehegatten handelt, natürlich nicht zu denken; s. unten §. 14.

den Erbverträgen in der deutschen Doctrin noch fast gar nicht entwickelt und festgestellt. Will man aber auch diese Stelle nicht von dem Erbeinsetzungsvertrage verstehen, so findet sich doch in der alten Frankfurter Reformation von 1509. [40]) ein ganz unzweifelhaftes Zeugniß für dessen gewohnheitsrechtliche Geltung bei Eheverträgen, welche hier nach den Grundsätzen des fremden Rechts aufgehoben wird. Ein einziges so bestimmtes Zeugniß zwingt uns, die Bedenklichkeiten, welche man gegen die zweifelhaften Fälle erregen möchte [41]), fallen zu lassen, und anzunehmen, daß sich wirklich aus den oben dargelegten Gründen der Erbvertrag in Ehestiftungen selbständig im deutschen Rechte entwickelt hat. Auch wäre es, um wieder auf die Aussage der Juristen zurückzukommen, doch gar zu auffallend, wenn sie ein, wie es sich aus ihren Schriften zeigt, so häufig vorkommendes Geschäft immer verkannt haben soll-

---

40) S. (Orth's) Anmerkungen über die Reform. der Stadt Frankf. zweite Fortsetzung. p. 16. "— dieweyl aber bisher ein Brutlauff-Brieffen nit allein de dote et donatione propter nuptias — — Meldung beschehen, Sünder auch von allen Gütern und Erbfällen, so von beyder Syten herrühren, Pacta und Geding uffgericht sein, und aber die Erbfälle nit (in) Ußgeding oder Pacta kommen sollen, unnd auch der freyhe Wille zu testiren den Elüten dadurch benommen wirt. So ordenen und wollen wir, daß hinfür solche Pacta und Geding in Brutlauff-Brieffen sich wyther nicht, dann ad dotem et donationem propter nuptias — — erstrecken sollen."

41) S. z. B. Joach. Scheplitz, consuetudines electoratus et marchiae brandenburgensis. edd. C. B. Pape. Berol. 1744. fol. lib. I. p. 3. tit. 2. §. 5. "Wann Ehestifftungen aufgerichtet werden, was darinnen von beyderseits Freundschafft bedinget, vorbrieffet und beschlossen, daß eines dem andern übergiebt nach seinem tode an Gelde, fahrende Haab oder Vortheil an liegenden Gründen zu voraus uz haben, das sol krefftig bleiben." "Concordat, heißt es dann weiter, totus titulus D. de pactis conv. et T. C. de pactis dotalibus".

ten, da doch namentlich Zasius[42]) die gewöhnlichen Vergabungen als ordinationes successoriae wohl von den pactis successoriis aus einander zu halten wußte, und im Freiburger Stadtrecht[43]) den gemeinen Brauch, in Eheverträgen eine Erbeinsetzung vorzunehmen, selbst sanctionirte, also dem Bedürfniß seine theoretischen Zweifel aufopferte. — Dieselbe Anerkennung fand der Erbeinsetzungsvertrag in dieser Anwendung in späteren Statuten[44]), als man noch nicht daran dachte, ihn seinem Princip nach im Allgemeinen für gültig zu halten.

Wenn nun aber auch nach dem Angeführten der Erbeinsetzungsvertrag sich ohne die directe Hülfe der gelehrten Juristen, und zufolge eines im Leben gefühlten Bedürfnisses zur Ehestiftung gesellt, und hier bald eine fast allgemeine Anerkennung gefunden hat; so geht doch zugleich aus der obigen Untersuchung hervor, daß er sich auch in dieser frühesten Anwendung erst in der Periode recht entwickelte, in der man allgemein das Bedürfniß empfand, anstatt der veralteten Vergabung eine bequemere Form für die Zuwendungen von Todes wegen zu erlangen. Denn früher war, wie gezeigt worden ist, weder das Bedürfniß dringend, noch liefern die Quellen, selbst nicht die Urkunden, Beispiele davon. Nun hat allerdings später in der Doctrin die Geltung der Eheverträge, welche solche Beredungen

42) U. Zasius, singul. respons. lib. II. cap. 7.; s. oben §. 6. Note 38.

43) Stadtrecht von Freyburg im Breisgau von 1520. Tractat. III. Tit. 2. — "Wir lassen ouch zu dem gemeinen pruch nach, das man in eeberedungen von erbfellen wol reden und vorsehung thun mag."

44) S. New landtrecht des Fürstenthumbs Würtemberg in vier theil verfaßt. 1554. Fol. Theil II. p. 211. — Des Hertzogthumbs Württemberg Ernewert Gemein Landtrecht von 1609. Th. III. Tit. 8. — Hamburg. Stadtr. von 1603. Th. II. Tit. 11. Art. 11.

enthielten, viel dazu beigetragen, um die Juristen auch zur Anerkennung des Erbeinsetzungsvertrags im Allgemeinen zu bewegen; aber daß im Leben selbst dieses Institut durch jene besondere Anwendung nur auf eine irgend bemerkliche Weise gefördert und verbreitet worden sey, läßt sich schwerlich erweisen. Denn gegen seinen ausgedehnteren Gebrauch bestand ein Grund, den die theoretisirenden Juristen wohl übersehen mochten, den man aber in der Uebung selbst nicht leicht außer Acht lassen konnte, nämlich der seiner Unzweckmäßigkeit. So oft nämlich ein dauerndes Verhältniß durch Vertrag begründet werden sollte, wo die Absicht der Parteien darauf ausging, einen Zweck zu erreichen, der sich nicht bloß in die gehoffte Erwerbung einer lucrativen Erbschaft auflöste, sondern wo diese letztere sich nur als die natürliche Folge einer eingegangenen Verbindung oder gar als ein Mittel zu deren Realisirung darstellte: in allen den Fällen mußte sich der Vertrag, in dessen Wesen es liegt, zu befestigen und zu begründen, als eine besonders zweckmäßige und bequeme Form zur Erreichung des beabsichtigten Zieles darstellen. Daher finden wir, daß der Erbvertrag namentlich unter dem Adel so beliebt ward, weil man bei dem Wunsche, für den Glanz und die Wohlfahrt des Hauses und der Familie zu sorgen, sich seiner am Sichersten bedienen konnte, und weil derselbe vermöge der Autonomie und der geschlossenen Gliederung der Familie, welche selbst durch den Tod des Einzelnen nicht bedroht ward, — statt eine bloße Beredung unter Einzelnen zu seyn, leicht die Natur eines dauernden Familienstatuts annahm. Aehnlich war es bei den Ehestiftungen. Sie sollen ein Verhältniß begründen, welches ebenfalls auf die Dauer berechnet, und von einer solchen Innigkeit ist, daß sich der Germane dessen wirkungslose Unterbrechung durch den Tod ungerne dachte.

Es war von jeher ein ganz entschiedener Zug im deutschen Recht, dem überlebenden Ehegatten Vermögensvortheile zuzuwenden; der Wunsch, solche gesetzliche Güterrechte näher zu bestimmen, und wenn es nöthig schien, zu modificiren, ließ sich am besten vor Eingehung der Ehe ausführen, wo das Wort der Eltern und des Familienraths noch entschied, und von dem Paare selbst den Schein der Begehrlichkeit entfernte. Durch das früh eingedrungene Princip des römischen Rechts war man an dem strengen Grundsatze des älteren deutschen Rechts, daß nur das Leben die Sphäre für die rechtliche Thätigkeit des Menschen sey, irre geworden, und Verfügungen über den Tod hinaus ohne die Constituirung eines sogleich wirksamen Rechts mußten um so unbedenklicher erscheinen, als der ganze Entwicklungsgang des Gerichtswesens die große Bedeutung der Auflassung immer mehr aus dem Volksbewußtseyn verdrängte. Die Deutschen hatten aber nicht, wie die Römer, eine absolute Abneigung gegen den Erbvertrag, was sich schon daraus ergiebt, daß selbst die gelehrten Juristen ihren angelernten Widerwillen gegen ihn wenigstens in dieser Anwendung bald wieder ablegten [45]). Wenn also das Gesetz selbst einem Erbrecht unter Ehegatten günstig war, oder wenn besondere Verhältnisse die Feststellung eines solchen wünschenswerth erscheinen ließen; so bot der Ehevertrag die passendste Gelegenheit dar, es unter der Garantie der Familie zu

---

45) Hartmann Pistoris leugnet freilich noch die gemeinrechtliche Geltung des Erbeinsetzungsvertrags in Ehestiftungen, s. oben §. 5. Note 59.; aber das Landrecht von Tyrol eifert schon gegen das fremde Geschäft (s. oben Note 32.), was sich wohl daraus erklärt, daß man auf die gelehrten Juristen gestützt, dasselbe allenthalben zur Anwendung zu bringen suchte, auch wo der alterthümliche Zustand des Güterrechts unter den Ehegatten und des Erbrechts im Allgemeinen ihm widerstand.

begründen, und diese selbst auf die eine oder die andere Art in den Kreis des gewillkührten Erbrechts hineinzuziehn. Daß eine solche Einrichtung dem Bedürfnisse und dem Volkssinne angemessen war, zeigt ihre allgemeine Verbreitung.

Ganz anders verhielt sich aber die Sache bei dem Erbeinsetzungsvertrage im Allgemeinen, wenn man ihn als ein Geschäft ansieht, wodurch jemand aus irgend einem Grunde zum Erben eines andern gemacht wird, wie es auch durch ein Testament geschehen kann. Dem Begriff nach steht nun freilich nichts entgegen, daß eine solche Erbeseinsetzung fest und unwiderruflich gemacht wird; aber wer sich einen Erben ernennen, und so auf einen Dritten die Fortführung seiner Persönlichkeit in wichtigen Beziehungen übertragen will, der wird, wenn ich die menschliche Natur recht erkenne, zwischen dem Geschäft, welches ihn unauflöslich bindet, und einem solchen, wo der freie Widerruf in seine Hand gelegt ist, nur selten schwanken. Es ist hier nicht bloß die Möglichkeit einer Willensänderung zu bedenken, welche durch die größern Vorzüge einer andern Person, oder durch die günstigere Lage des Bedachten, oder durch Mißtrauen oder gerechten Zorn gegen ihn hervorgerufen seyn kann; auch die angenehme Aussicht ist nicht ohne Bedeutung, seine Liberalität nicht ein für allemal abgethan zu haben, sondern in dem Bewußtseyn der Macht des Widerrufs durch dessen Nichtausübung gewissermaaßen die Wohlthat stets zu erneuen. Sind dieß nun allgemeine Gründe, welche für den Vorzug der letztwilligen Verfügungen im Gegensatz zum Erbeinsetzungsvertrage sprechen, so ist noch besonders für die hier behandelte Periode des deutschen Rechts zu bemerken, daß man durch den Vorbehalt des Widerrufs und der freien Verfügung bei den

Vergabungen von Todes wegen schon an eine Stellung des Freigebigen gewöhnt war, die ihrem Wesen nach mit der des römischen Testators mehr Aehnlichkeit hatte, als mit der des Promittenten aus einem Erbeinsetzungsvertrage. Außerdem war dieser dem älteren deutschen Rechte ganz fremd geblieben; letztwillige Dispositionen liefen aber schon lange Zeit neben den deutschen Vergabungen her, und bedrohten schon, da diese noch in voller Wirksamkeit waren, ihre Herrschaft. Auch mochte es dem gesunden Sinne des Volkes wichtiger erscheinen, als den gelehrten Juristen, daß eine solche Zuwendung ohne einen feierlichen Act nicht wohl abzuschließen war; für die Erbverträge bot sich ein solcher als Ersatz für die verlorene Auflassung nicht dar, wohl aber für die letztwilligen Verfügungen des fremden Rechts, welche auf der andern Seite wieder bei ihrer Reception in Deutschland an vielen Orten Manches von der ihnen eigenthümlichen Strenge fahren ließen, sowohl rücksichtlich der Form, wo schon das canonische Recht bedeutende Erleichterungen vorbereitet hatte, als auch rücksichtlich des Inhalts, indem die Erbeseinsetzung nicht allenthalben nöthig blieb. Da also einmal diese letztwilligen Geschäfte schon bekannt und geläufig waren, so lag es auch dann, wenn man jemanden ein Erbrecht unwiderruflich versprechen wollte, weit näher, den Vertrag in eine gewisse Beziehung auf das Testament zu setzen. Dieß ward nun freilich lange Zeit für unmöglich gehalten, und mit Recht; aber die häufigen Erörterungen der Juristen über diesen Punkt zeigen doch, daß solche Versuche im Leben nicht selten waren, und daß auch da die allgemeine Anwendung des Erbeinsetzungsvertrags nicht so gar nahe lag.

Faßt man nun alle angeführten Erwägungen zusammen, so wird die Entscheidung wohl motivirt scheinen, daß die

Vergabungen von Todes wegen im Allgemeinen nicht durch den Erbeinsetzungsvertrag, sondern durch die letztwilligen Verfügungen des fremden Rechts ersetzt worden sind. Daran schließt sich ein anderer Satz an, der die Wichtigkeit dieser Thatsache erst in das rechte Licht stellt: daß nämlich der Erbvertrag in dieser Beziehung nie in einem nur irgend bedeutenden Grade ist angewandt worden, selbst dann nicht, als die gelehrten Juristen über seine theoretische Gültigkeit einig waren, und daß es daher falsch ist, wenn eben diese Gültigkeit aus der Gewohnheit hergeleitet wurde. Es sind dieß Sachen, die sich nicht wohl mit Citaten belegen lassen, die vielmehr aus einer vollen Anschauung der Rechtsverhältnisse in den verschiedenen Perioden aufgefaßt werden wollen. Im Allgemeinen passen die voranstehenden Erörterungen auch auf diesen Fall, und ich will nur noch zwei Gründe anführen, welche mich in der Ansicht ganz befestigt haben, daß man die Bedeutung des Erbeinsetzungsvertrags in der Praxis unendlich überschätzt hat. Einmal ist es der allgemeine Eindruck, den die Darstellung der juristischen Schriftsteller macht, sobald sie auf den acquisitiven Erbvertrag in dieser allgemeinen Stellung zu reden kommen: man fühlt es hier nur zu sehr, daß es sich nicht um ein lebendiges, aus eigener Anschauung dargestelltes Institut handelt, sondern Alles hat einen schulmäßigen, theoretisirenden Charakter, und die wichtigsten Fragen, ohne deren Erledigung die Anwendung dieses Geschäftes kaum möglich ist, werden meistens unvollständig oder gar nicht berührt. Nun könnte man mir einwerfen, das sey deswegen kein Beweis, weil unsere deutschen Juristen es bei andern, hochwichtigen Instituten, die man nicht streng aus dem römischen Recht deduciren könne, an deren practischer Wichtigkeit aber niemand zweifle, nicht besser gemacht haben.

Das ist allerdings zu bedenken, aber auf der andern Seite zeigt sich doch sogleich Alles vollständiger und geordneter, wenn man auf einen Fall kommt, wo der Erbeinsetzungsvertrag durch die Praxis zur oft wiederholten Erwägung gestellt ward; für die Ehestiftungen z. B. giebt es eine Reihe von Regeln, die man bei der allgemeineren Behandlung des Instituts vergeblich sucht. — Zweitens berufe ich mich auf die Stellung des Erbeinsetzungsvertrags in der Gegenwart. Wann hört man denn, daß irgend wer einen Erbvertrag abgeschlossen hat, statt ein Testament zu machen? Allgemeine Versprechungen, Angelobungen und Beredungen mögen nicht selten vorkommen, obgleich auch diese meistens auf die Einsetzung im Testament sich beziehen; aber die Abschließung eines wahren Erbvertrags, bloß um einen Erben zu machen, und ohne Beziehung auf besondere Verhältnisse gehört zu den seltensten Erscheinungen. Davon habe ich mich durch mehrfache Erkundigungen in den verschiedensten Gegenden überzeugen können, und wenn ein solches Geschäft einmal vorkommt, so wird ebenso häufig ein geschulter Jurist, als das Bedürfniß der Parteien es hervorgerufen haben. Nun giebt es aber gar keinen Grund für die Annahme, daß jetzt, wo man in der Theorie den Erbeinsetzungsverträgen so günstig gesinnt ist, deren weniger vorkommen sollten, als früher, wo ein gewisses Odium auf den Geschäften lag, da man nicht sagen kann, daß sich die Kunde der fremden letztwilligen Verfügungen seitdem noch sehr viel weiter verbreitet hat.

Es ist daher nicht zu vertheidigen, wenn Hasse[46]) die Gültigkeit der Erbverträge auf einen entschiedenen gemeinen Rechts- und Gerichtsgebrauch begründet; denn das

---

46) Im rhein. Museum für Jurispr. II. 2. S. 196.

läßt sich nur von dem Erbverzicht, der hier natürlich ganz außerhalb der Betrachtung geblieben ist, und von einzelnen Arten des Erbeinsetzungsvertrags behaupten. War die allgemeinere Anwendung des letzteren im Geschäftsleben so selten, so wird auch natürlich der Gerichtsgebrauch nicht häufiger die Gelegenheit gehabt haben, sich darüber auszusprechen; er konnte dann aber auf keinen Fall hinreichen, ein ganz neues Institut zu begründen. Dasselbe gilt gegen Thibaut[47]), welcher aus einer entschiedenen deutschen Praxis die Regel herleitet, daß alle Erbverträge von jeher unbedingt gelten. Auch mit Eichhorn[48]) kann ich nicht übereinstimmen, wenn er sagt: "eine richtigere Einsicht in die Bedeutung deutscher Gewohnheiten hat es seitdem (seit dem Ende des 17. Jahrhunderts) zur entschiedenen Praxis gemacht, daß alle Arten von Erbverträgen die Vermuthung der Gültigkeit für sich haben." — Die Ansicht der Praxis gebe ich zu, aber daß der Grund, welcher dieselbe rechtfertigen soll, richtig sey, muß ich nach dem Angeführten leugnen. Denn wenn man auch unter Umständen aus vereinzelten Erscheinungen im Gewohnheitsrecht auf die Geltung des Princips einer Lehre schließen darf, so ist dieß doch nicht gestattet, wenn für die einzelnen Geschäfte besondere Gründe vorliegen, welche für die unbeschränkte Anwendung des Instituts nicht geltend gemacht werden können. Daher hat man auch in der französischen Jurisprudenz[49]) den Erbeinsetzungsvertrag in Ehestiftungen von jeher zugelassen, das Princip der vertragsmäßigen

---

47) Thibaut, System des Pandekten-Rechts §. 853. Achte Ausgabe.

48) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 341.

49) S. Merlin, répertoire de jurispr. s. v. Institution contractuelle. §. 3.

Erbfolge aber nie allgemein anerkannt. — Wenn endlich Mittermaier [50]) sagt: "das Verbot des römischen Rechts wegen der Erbverträge konnte, da der Gebrauch der Erbverträge, vorzüglich einzelner Arten derselben, allgemein eingewurzelt war, nicht durchdringen." — so verweise ich dagegen auf die gegebenen Ausführungen, namentlich auch in Beziehung auf die Literärgeschichte dieser Lehre.

Fragt man denn, welches jetzt der Rechtsgrund des Erbeinsetzungsvertrages sey, so kann ich ihn, abgesehen von einzelnen Arten, nur auf die gemeine Meinung der Juristen zurückführen, welche ein nur in einzelnen Anwendungen geltendes Institut auch dem Princip nach als ein gemeinrechtliches anerkannten, indem sie in ihrer dem Leben fern stehenden Doctrin das Besondere zum Allgemeinen ausspannen. Bei dieser Wendung nun könnte man eine Erklärung gegen die gemeinrechtliche Geltung des Erbeinsetzungsvertrags in seiner allgemeinen Auffassung erwarten, zumal da die Einrichtung, welche man demselben im gemeinen Rechte gegeben hat, oben als eine sehr unvollkommene und gefährliche ist dargestellt worden [51]). Allein ich halte zuviel auf ein allgemein angenommenes Juristenrecht, und sehe es für eine zu wichtige Quelle der Rechtsentwicklung an, daß ich es auch da nicht anerkennen sollte, wo es zu ungünstigen Resultaten gekommen zu seyn scheint. Wenn selbst das positive Gesetz sich einer strengen Kritik nicht entziehen kann, so dürfen noch weniger die Opinionen der Doctoren sich davor sicher wähnen; aber so wie eine solche den Charakter der Allgemeinheit annimmt, und in die feste Ansicht der Gerichtshöfe übergegangen ist, so läßt sich ihre

---

50) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 401.

51) S. oben §. 2. nu. I. S. 34 ff.

Geltung eben so wenig negiren, wie die eines vielleicht unpassenden Gesetzes. Die Gefahr, in den schon so übermäßig schwankenden Zustand unserer Jurisprudenz durch kecke Vernachlässigung der Praxis und Doctrin eine noch größere Unsicherheit hinein zu bringen, scheint mir bedrohlicher, als die Anerkennung eines unzweckmäßigen Institutes, das doch am Ende in dem gesunden Sinne des Volks seinen kräftigsten Gegner hat. Aber eine wissenschaftliche Kritik ist hier ganz am Orte; sie kann abgesehen von weiteren Wirkungen, zur größeren Vorsicht in der Handhabung des Geschäftes antreiben, und berechtigt auf jeden Fall dazu, bei der Anwendung des Princips auf besondere Fälle mit der gebührenden juristischen Strenge zu verfahren.

Das ist freilich meine innige Ueberzeugung, daß eine legislative Beschränkung des Erbeinsetzungsvertrags wünschenswerth ist, wenn damit auch nicht gesagt seyn soll, daß er nothwendig bloß in die Ehestiftung zu verweisen ist, wie der französische Code [52]), freilich auf die frühere Jurisprudenz gestützt, gethan hat. Fast alle Gründe, welche für den Erbeinsetzungsvertrag in Ehestiftungen angeführt werden können, sprechen auch für die Anerkennung des Geschäftes unter den Ehegatten während der Ehe; aber wenn auch das österreichische Recht [53]) darin einen Schritt weiter gegangen ist, als das französische, so scheint doch selbst dadurch noch nicht die natürliche Sphäre für den Erbeinsetzungsvertrag abgeschlossen zu seyn. Der Adel und jeder Stand, welcher noch durch die Berücksichtigung ande=

---

52) Code civ. art. 1082. 1093.; vgl. Merlin an der Note 49. cit. Stelle.

53) Oesterreichisches Gesetzbuch §. 1249.; vgl. Winiwarter, von dem Erbvertrag §. 2., in Wagner's Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit. Jahrgang 1825. Nu. XXII.

rer Umstände, als des bloßen Willens des Erblassers bei der Anordnung der Erbfolge bestimmt wird, kann den Erbeinsetzungsvertrag nicht wohl entbehren, wenn es auch wünschenswerth ist, daß er hier möglichst zur Begründung dauernder Verhältnisse nicht bloß unter den Contrahenten benutzt wird.

Aber wie gut es auch seyn mag, wenn die Gesetzgebung dieses Institut auf ein festes Maaß und Ziel zurückführte, bei der jetzigen Lage der Sachen läßt sich demselben die gemeinrechtliche Geltung im weitesten Umfange nicht absprechen. Darum kann es gegen das Verbot des römischen Rechts an auch da zur Anwendung gebracht werden, wo kein ausdrückliches Gesetz seine Gültigkeit ausgesprochen hat, vorausgesetzt, daß auch kein ausdrückliches Verbot vorliegt. Ein solches enthält z. B. die frankfurter Reformation [54]), indem sie die römischen Grundsätze über den Erbeinsetzungsvertrag anerkennt, und daraus die Ungültigkeit der Ehestiftungen bis auf das Maaß der pacta in vim ultimae voluntatis concepta oder wie man sie jetzt gewöhnlich nennt, der pacta mixta ableitet. Auch beweist

54) Frankf. Reformation von 1578. Th. III. Tit. 2. Von bedingten Heurahten und Heurahts-Brieffen §. 4. "Dieweyl auch die Recht außtrücklich wöllen, daß die Erbschafften nicht durch Pacta und Eheberedungen vermacht werden sollen, So wöllen Wir, daß hinfüro alle solche Pacta und Geding, darin die Ehegemahel dem andern alle oder einen ansehnlichen benannten Theyl seines Gutes (über die Ehesteuwer und Widerlegung) erblich vermachen wolt, sollen underlassen, Und da sie gleych in die Heurahtsverschreybung gesetzt, doch für ungültig und krafftloß gehalten werden, und jedem theyl der freye will, in seinen Gütern (außerhalb der Ehesteuwer und Widerlegung) seines gefallens zu Testiren, dardurch unbenommen, sondern vorbehalten seyn solle." §. 5. bestimmt denn ferner, daß die nicht widerrufene Ehestiftung das Erbrecht auf den Vertragserben deferirt. Vgl. die oben Note 18. citirten Statute.

ein von Schultheiß und Schöffen im Jahre 1682. erlassenes Weisthum [55]), daß man in dieser Lehre das römische Recht stets angewandt hat. — Dagegen kann ich nicht mit Gries [56]) übereinstimmen, wenn er nach dem Hamburger Stadtrecht, welches die Erbeseinsetzung in Ehestiftungen ausdrücklich genehmigt [57]), alle andern Arten des Erbeinsetzungsvertrags, den Vorschriften des römischen Rechts gemäß, für ungültig hält, und zwar wegen der Schlußclausel des Statuts. Denn diese verweist allerdings auf die gemeinen geschriebenen kaiserlichen Rechte als die subsidiäre Rechtsquelle für Hamburg; aber man darf dabei nicht an den im Corpus Juris überlieferten Buchstaben des römischen Rechts denken, sondern an die Gestalt desselben, in der es recipirt und nach und nach von der Praxis und Doctrin modificirt worden ist. Da das Hamburger Statut nun nicht ausdrücklich das römische Verbot der Erbverträge festgehalten hat, so steht auch hier der gemeinrechtlichen Geltung derselben kein besonderer Grund entgegen. Zwar beruft sich Grieß auch noch auf ein Präjudicat [58]),

55) In (Orth's) Anmerkungen über die Reformation. Zweyte Forts. S. 17.

56) Gries, Commentar zum hamb. Stadtrecht, herausg. von Westphalen. II. S. 33 ff.

57) Hamb. Stadtrecht von 1603. Th. II. Tit. 11. Art. 11 u. 12.

58) Das Niedergericht erkannte am 10. Nov. 1817. in S. Dr. J. Schleiden mand. nom. c. H. L. Schmidt: "daß, da die von dem Beklagten vorgeschützte Urkunde von jeder Form einer Verfügung auf den Todesfall entblößt ist, auch als ein in stehender Ehe vollzogener Vertrag nicht für einen Ehezärter gelten kann, Beklagter nach Vorschrift Stat. III. 3. 8. u. 10. mit der Vollmachtgeberin des Klägers als anerkannten Erbin ihrer Mutter und ihres Bruders abzutheilen — — schuldig sey." Das Obergericht dagegen am 26. Jan. 1818: "daß das Erkenntniß a quo zu confirmiren, es könnte und wollte denn der Beklagte, wie solches, in Uebereinstimmung mit dem

allein soweit die unvollständige Mittheilung desselben ein Urtheil gestattet, scheint daraus die unbedingte Verwerfung des Erbeinsetzungsvertrags außer den Ehegatten nicht hervorzugehen. Sonst muß allerdings die locale Praxis, welche der Gültigkeit solcher Geschäfte bestimmt entgegen ist, auch in diesem Fall dem gemeinen Recht derogiren.

§. 8.

Begriff und Arten des Erbeinsetzungsvertrags.

Der Erbeinsetzungsvertrag ist ein Vertrag, durch den jemand zum Erben eingesetzt, und also ein Erbrecht bestellt wird. Wenn diese Definition aber auch hinreicht, um das Geschäft nach seinen Grundzügen und wichtigsten Beziehungen zu bestimmen, so ist man dadurch noch nicht der Mühe überhoben, tiefer in sein Inneres einzudringen, damit dieses an und für sich und im Verhältniß zu andern Geschäften besser erkannt werde. Es ist nicht meine Absicht, hier dasjenige, was auf flacher Hand liegt, weitläuftig zu besprechen, und den Unterschied des Erbeinsetzungsvertrags vom Testament, von der Leibzucht u. s. w. zum Gegenstand einer besonderen Erörterung zu machen. Nur ein Geschäft muß näher ins Auge gefaßt werden, weil die

---

klägerischen replicarischen Vortrage ihm eventualiter zu thun nachgelassen wird: daß seiner verstorbenen Ehefrau Mutter und einzige nächste Intestaterbin — — das ad exceptiones producirte pactum successorium ausdrücklich auf rechtsbeständige Weise genehmigt habe, rechtlicher Art nach erweisen." In revisorio ward letzteres Erkenntniß am 26. August 1818. lediglich bestätigt. — Das Niedergericht scheint sich hauptsächlich an die Formlosigkeit des Geschäftes gestoßen zu haben; nach dem Urtheil des Obergerichts möchte man aber fast annehmen, daß es die Gültigkeit des Erbvertrags von der Einwilligung des nächsten Intestaterben hat abhängen lassen wollen, was doch auch gegen das römische Recht wäre.

Theorie von jeher geneigt gewesen ist, ein besonders nahes Verhältniß zwischen ihm und dem Erbeinsetzungsvertrage anzunehmen, und die Lücken, welche sich bei der juristischen Construirung des letzteren fanden, durch eine oft sehr gewagte Analogie auszufüllen. Ich meine die donatio. Schon die älteste Theorie suchte die wichtigsten Bestandtheile der deutschrechtlichen Vergabung von Todes wegen durch die Annahme einer donatio omnium bonorum zu retten; es fehlte nicht, daß man später auch den acquisitiven Erbvertrag damit zusammen stellte, und man glaubte viel gewonnen zu haben, wenn man die Untersuchung über dessen Gültigkeit in die über die donatio omnium bonorum et praesentium et futurarum überspielen konnte [1]). Die deutschen Juristen ließen diese Vergleichung nun freilich immer mehr fahren, je entschiedener sie sich zur Anerkennung der Erbverträge im Allgemeinen hinneigten [2]); indessen sah man

1) S. oben §. 5. S. 122 ff. §. 6. S. 161 ff.

2) Die französischen Juristen haben sich von dieser Vergleichung gar nicht los machen können; man kam endlich sogar zu der Entscheidung: L'institution contractuelle et la donation des biens qu'on laissera à son décès — doivent être placées absolument sur la même ligne, (cf. Merlin, répertoire s. v. institution contr. §. 6. Nu. X.). Aber die Vermischung dieser Institute wirkte verwirrend auf die ganze Lehre ein, und der Code selbst, welcher eigentlich nur die donation kennt, giebt hiervon ein Beispiel. Die Bestimmungen nämlich, welche in art. 1084. und 1085. enthalten sind, passen nicht auf die institution contractuelle, wie Merlin a. a. O. §. 11. Nu. III. selbst anerkennt, ohne freilich auf den Code ausdrücklich Rücksicht zu nehmen. Da nun die französische Jurisprudenz doch den Erbeinsetzungsvertrag in Ehestiftungen unbedingt gestattet, und ihn auf den Code zurückführt, dieser aber über das Geschäft, welches für einen solchen ausgelegt wird, Bestimmungen enthält, die nicht auf ihn passen: so findet noch eine aus jener Vermischung hervorgegangene Verwirrung statt, indem institution contr. und donation des biens présents et à venir sich nicht vollständig decken.

doch lange noch bei der Behandlung des Erbeinsetzungsvertrags am liebsten auf die römische donatio hin. Es war daher gut, daß Hasse die Unzulässigkeit dieser Zusammenstellung, als habe man es hier nur mit einer besonders modificirten Schenkung zu thun, nachwieß [3]). Darin scheint mir aber dieser Gelehrte zu weit zu gehen, wenn er annimmt, der Erbeinsetzungsvertrag sey so gut oneros als lucrativ, da man ja auch eine Erbeinsetzung kaufen könne. Er meinte selbst, bei den Deutschen würden solche Speculationen selten vorkommen; aber ich denke, sie sollten gar nicht stattfinden, und wenn ein solches Geschäft einmal eingegangen würde, so dürfte es keinen Anspruch auf rechtliche Geltung haben, und zwar deswegen, weil es unanständig, contra bonos mores ist. Wir haben in der That schon genug daran, daß das Princip der vertragsmäßigen Erbfolge in unser Recht eingedrungen ist; sollte es nun auch erlaubt seyn, die Beerbung zum Gegenstand einer gewöhnlichen Geldspeculation zu machen, so würden in dieser ohnehin so egoistischen Zeit aller Gemeinheit und Leichtfertigkeit Thür und Thor geöffnet. Ich berufe mich auf das Gefühl jedes ehrenhaften Mannes, wenn ich ein solches Geschäft unanständig und gemein nenne, und halte es nicht für schwer, auch die für die öffentliche Sicherheit gefährlichen Folgen desselben darzulegen. Denn wer für eine künftige Erbschaft Geld gegeben hat, wird sich schon leichter zu einer verbrecherischen That entschließen, um drohende Veräußerungen zu hindern, oder den zu lange lebenden Erblasser bei Seite zu schaffen. Wenn irgend ein Geschäft, so ist dieses contra bonos mores, und ich wüßte doch nicht, warum wir denn gerade das schöne Princip des römischen

3) Im rhein. Museum. II. 2. S. 211 ff.

Rechts, nichts, was unter jenen Begriff fällt, mit dem Schutze des Rechts zu versehen, — nicht recipirt haben sollten. Gottlob aber sind solche Speculationen den Deutschen doch auch so fremd geblieben, daß ich weder in der Theorie noch in der Praxis eine Erwähnung derselben gefunden habe. Auch scheint Mühlenbruch[4]) doch nicht so weit zu gehen, wie Hasse, wenn er auch mit ihm annimmt, daß Erbverträge titulo oneroso eingegangen werden können. Das Beispiel freilich, das er anführt, daß der Vertragserbe häufig die Alimentation des künftigen Erblassers übernehme, scheint mir auf einem Mißverständniß zu beruhen; denn es ist hier wohl die Uebertragung des Vermögens gegen lebenslänglichen Unterhalt gemeint, — ein Geschäft, das namentlich unter Bauern so häufig vorkommt, aber mit dem Erbeinsetzungsvertrage so wenig, wie mit der Vergabung von Todes wegen verwechselt werden darf[5]). Vielleicht thue ich aber Mühlenbruch Unrecht, und er meint wirklich einen so modificirten Erbeinsetzungsvertrag, gegen dessen Gültigkeit sich schwerlich etwas einwenden läßt. Dieß führt denn zu der allgemeineren Frage, ob der Erbeinsetzungsvertrag durchaus ein lucratives Geschäft sey, oder ob ihm durch besondere Beredungen und Verhältnisse (man denke nur an den wechselseitigen!) der Charakter der Freigebigkeit genommen werden könne. Die Frage ist nicht ganz leicht zu beantworten. Die Römer suchten den Erben vor Nachtheil zu schützen, und ließen den Vermächtnißnehmer zum wenigsten ohne Schaden; bei der donatio aber gestatteten sie doch die Hinzufügung eines modus. Wie aber schwankten sie bei der donatio remuneratoria, welche sie eigentlich nur durch die Herbeiziehung eines nicht einmal ganz ent-

4) In der Fortsetzung von Glück's Commentar, Th. 38. S. 73.
5) S. Theil I. S. 11. und 12.

sprechenden Geschäftes in den Kreis der juristischen Deduction zu bringen wissen [6]). Auch bei den Erbeinsetzungsverträgen ist es nicht möglich, den Charakter der reinen Freigebigkeit immer festzuhalten; doch läßt er sich als die Regel vertheidigen, von der nur dann eine Abweichung nöthig wird, wenn wirklich eine solche erlaubte Gegenleistung ausbedungen ist, welche die Grenzen überschreitet, die unter ähnlichen Umständen etwa der modus bei der donatio einnahm. Auch würde ich den wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrag nur dann nicht mehr für lucrativ halten, wenn beide Parteien nur in Betracht und in Erwartung des möglichen Gewinns, nicht aber aus freier Zuneigung sich zu Erben gemacht haben. Daher scheint mir die Bestimmung des preußischen Landrechts über Verträge, durch welche Ehegatten sich auf den Todesfall Vortheile zuwenden, zu weit zu gehen, vorausgesetzt auch, was wohl vorausgesetzt werden muß, daß hier wechselseitige Zuwendungen gemeint sind [7]).

Die erwähnte Frage, ob der Erbeinsetzungsvertrag eine donatio sey oder nicht, hat Hasse a. a. O. eigentlich nur gelegentlich erhoben, um sich für eine andere Untersuchung Bahn zu machen, und zu bestimmen, ob man denselben für ein negotium inter vivos oder mortis causa zu halten habe. Er erklärt sich für das letztere, weil darunter nach römischem Recht ein Geschäft zu verstehen sey, bei welchem die dadurch bezweckte Vermögensveränderung nach der Anlage des Geschäftes selbst erst durch den Tod jemandes

---

6) L. 25. §. 11. D. de hereditatis petitione. — — Plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos quatenus acceperunt: *velut genus quoddam hoc esset permutationis.*

7) A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 1050. Verträge zwischen Eheleuten, wodurch Einer dem Andern gewisse Vortheile auf den Todesfall bestimmt, sind nicht als Schenkungen, sondern als lästige Verträge zu betrachten.

eine feste Bestimmung und eine entschiedene Dauer erhält. Es ist nicht zu leugnen, daß diese Begriffsbestimmung, obgleich sie von den Römern nicht zu einer allgemeinen Classification benutzt worden ist, ihre innere Begründung hat; und in dieser Beziehung ist eine so elegante Deduction, wie die erwähnte von Hasse, höchst dankenswerth. Auch ist es gewiß richtig, daß der Erbeinsetzungsvertrag, unter einem allgemeinen Gesichtspunkte betrachtet, jenen Charakter des negotium mortis causa an sich trägt; denn da die Delation des Nachlasses auf den Vertragserben erst mit dem Tode des Erblassers eintreten kann, so darf man sagen, daß die Vermögensveränderung auf diesen Zeitpunkt gestellt ist, obgleich der Vertrag hier das Geschäft der Willkühr des Erblassers entzogen hat. Auch practisch wichtig ist dieses Resultat, und namentlich scheint es, daß Hasse, ohne es ausdrücklich zu sagen, die Frage damit hat beantworten wollen, ob der Erbeinsetzungsvertrag noch fortbesteht, wenn der Erblasser den Vertragserben überlebt, so daß dessen Recht auf seine Erben übergeht? Will man sich aber auch hier nach Hasse's Grundsätzen für die Verneinung entscheiden, so muß doch der Beweis mehr auf die Eigenthümlichkeit des besonderen Geschäftes gerichtet werden, als es Hassen bei seiner Deduction zu thun möglich war; ich verweise daher auf die vollständigere Erörterung unten in §. 11. pag. 304 ff

Der Erbeinsetzungsvertrag ist also ein in der Regel lucratives negotium mortis causa. Nachdem dieß Resultat festgestellt ist, kann es zur Frage kommen, in welcher Art und Weise das Geschäft, ohne in ein besonderes Institut überzugehen, gemeinrechtlich angewandt werden kann. Ich gehe hierbei von der Ansicht aus, daß das allgemeine Ziel des Erbeinsetzungsvertrags in einzelnen Fällen durch besondere

Verhältnisse, welche dabei zu berücksichtigen waren, und durch eine eigenthümliche historische Entwicklung selbständige Institute hervorgerufen hat, die, wenn sie auch dem Einfluß der ganzen Lehre nicht entzogen sind, doch auch wiederum in Form und Wirkung ihre besondere Betrachtung verlangen. Ich zähle dahin die Erbeinsetzungsverträge unter dem Adel, in Ehestiftungen und unter Ehegatten, und die Einkindschaft, also gerade die Geschäfte, in denen die Doctrin zuerst das Princip der vertragsmäßigen Erbfolge anerkannte, und welche in der Praxis von besonderer Bedeutung sind. Diese werde ich abgesondert in der folgenden Unterabtheilung abhandeln. Anders verhält es sich mit den Arten des Erbeinsetzungsvertrags, welche als eine reine Anwendung des Princips dieses in verschiedener Gestalt äußerlich darstellen. Das einfachste Verhältniß ist hier, wenn zwei Personen einen Vertrag schließen, durch welchen die eine zum Erben der andern gemacht wird; etwas verwickelter erscheint schon das Geschäft, wenn die Parteien sich auf diese Weise gegenseitig zu Erben einsetzen, oder ein Erbrecht nicht unmittelbar, sondern durch die Vermittlung einer dritten Person bestellt wird. Beide Fälle sollen kurz betrachtet werden; vorher aber muß noch eine wichtige Unterscheidung, welche sich auf den Gegenstand bezieht, berücksichtigt und untersucht werden, ob es einen Erbeinsetzungsvertrag über einzelne Sachen giebt.

I. Ich habe schon oben (S. 22 ff.) die Frage ganz im Allgemeinen berührt, ob der Erbeinsetzungsvertrag einzelne Sachen zum Gegenstand haben, und daher eine Singularsuccession begründen kann; die Antwort, welche aus der Natur des Geschäftes entlehnt war, fiel verneinend aus. Bei der genaueren Erörterung des Gegenstandes sind nun folgende Unterscheidungen zu machen.

1. Durch den Erbeinsetzungsvertrag wird ein Erbrecht bestellt; für dieses ist der gemeinrechtliche Charakter der einer Universalsuccession, welche für einzelne Sachen nicht eintritt; daher kann auch durch Vertrag kein Erbrecht an einzelnen Sachen bestellt werden. Die Regel, daß das Erbrecht eine Universalsuccession begründet, ist jedoch nicht ohne alle Ausnahmen, indem sich aus dem deutschen Rechte Spuren eines Erbrechts an einzelnen Sachen erhalten haben, die zwar als ein jus singulare in dem Kreise, wo sie vorkommen, fest zu halten sind, dort aber eine freie Bewegung in Anspruch nehmen können. Wenn z. B. das Erbrecht, welches der Ehemann nach dem sächsischen Recht vor dem Mandat vom 1. Sept. 1829. als statutarische Portion an den Mobilien der Frau hatte [8]), zum Gegenstand eines Vertrags gemacht worden wäre; so würde man sicherlich hier einen wahren Erbvertrag gelten lassen müssen, und es konnte also eine wahre Erbeseinsetzung etwa zur Bestätigung des gesetzlichen Rechts und mit andern Dispositionen vermischt, statt finden. Es giebt aber außerdem noch auf dem Gebiet der Erbverträge ein Geschäft, in welchem die hier behandelte Erscheinung des Erbeinsetzungsvertrags ganz schlagend hervortritt: ich meine die vertragsmäßige Bestellung von Familienfideicommissen, namentlich unter dem Adel. Faßt man dieses Institut nämlich in seinem historischen Zusammenhange auf, so ist darin ein Bestreben ausgesprochen, die germanische Succession in den Grundbesitz zum Vortheile des Mannsstamms und zur Erhaltung des Familienglanzes aufrecht zu erhalten: dieselbe Richtung, welche sich in der gesetzlichen Regel aussprach, ward durch autonomische Bestimmungen, mochten

8) S. Haubold, königlich=sächsisches Privatrecht, 2. Ausgabe, besorgt von Günther. §. 320 ff.

diese sich nun als letztwillige Verfügungen oder Verträge und Beliebungen geltend machen, durchgeführt. So kam es, daß man, dem Gesetze nachahmend, und seiner durch das römische Recht bedrohten Wirksamkeit zu Hülfe kommend, ein besonderes Erbrecht an einzelnen Sachen durch Vertrag bestellen konnte.

2. Das Geschäft, durch welches eine vertragsmäßige Erbfolge gegeben wird, ist nicht nothwendig allein auf diesen Hauptpunkt gerichtet; es lassen sich noch manche Beredungen damit in Verbindung bringen, welche das Verhältniß unter den Contrahenten in Beziehung auf die Beerbung näher bestimmen. Daher ist es dem Begriff des Erbeinsetzungsvertrages nicht entgegen, wenn man mit demselben Vermächtnisse verbindet, die der Vertragserbe als eine Auflage auf das ihm zugewandte Recht, falls er sie einmal übernommen hat, auch erfüllen muß. Ist nun der Dritte, welcher so bedacht werden soll, ausdrücklich mit zu der Beredung hinzugezogen worden, so stellt sich das Ganze als eine ihm durch die zweite Hand zugetheilte Freigebigkeit des Erblassers dar, und behauptet seinen vertragsmäßigen Charakter, der hier nur dadurch besonders modificirt ist, daß das Recht des Dritten seinem Erfolge nach von dem Umstand abhängig gemacht ist, ob der Vertragserbe die Verlassenschaft erwirbt oder nicht. Denn das Vermächtniß bleibt immer abhängig von der Beerbung. — Ist hingegen, was die Regel sein wird, der Dritte nicht mit zu der Beredung hinzugezogen worden, so kommt noch besonders zur Erwägung, daß ein Vertrag, durch den einer fremden Person Rechte erworben werden sollen, unter Umständen nur eine beschränkte Wirksamkeit hat. Hier finden die Grundsätze, welche oben (§. 2. Nu. III.) für diese Verhältnisse aufgestellt worden sind, ihre Anwendung.

3. Können aber nun, — abgesehen von den unter Nu. 1. angegebenen Fällen, welche dem Gesetze nachahmen, — einzelne Sachen in der Art zum Gegenstand eines Erbeinsetzungsvertrags gemacht werden, daß das ganze Geschäft allein hierauf gerichtet ist, und also eine selbständige Stellung auf gemeinrechtlichem Grunde für sich in Anspruch nehmen muß? Eichhorn [9]) drückt sich darüber folgendermaaßen aus:

"Sofern eine einzelne Sache der Gegenstand des Vertrags ist, überträgt er auch noch jetzt ein sofort würksames Recht an dieser selbst, kraft dessen der Vertragserbe das Eigenthum mit dem Tode des Erblassers erwirbt, und sie daher von jedem Dritten vindiciren kann; für Schulden haftet ein solcher Vertragserbe nur, sofern sie vor dem Erbvertrage contrahirt sind und das übrige Vermögen nicht hinreicht."

Seinen Hauptsatz begründet Eichhorn durch Citate in Note c, wo er nur hinzufügt:

"daß wir diesen Grundsatz ohne die Form der Uebertragung des Gesammteigenthums anwenden, hat wohl kein Bedenken", —

wofür denn wieder Pätz citirt wird; dann heißt es weiter:

"Allein wo eine gerichtliche Handlung zur Erwerbung eines Rechts an unbeweglichen Sachen gehört (§. 175.), muß jene gewiß auch als Bedingung einer solchen Würksamkeit eines Erbvertrags betrachtet werden." —

Diese letzte Beschränkung ist nun, scheint es, inconsequent: denn entweder ist der Erbvertrag hier ein vollgültiger, rechtlicher Erwerbstitel, und dann muß er es in allen Fällen seyn; oder er ist es nicht, und dann kann kein Unterschied

---

9) Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 344.

bestehen, ob der Erwerb des Rechts durch eine gerichtliche oder außergerichtliche Handlung bewirkt wird. Eine solche Unterscheidung ist hier ebenso wenig durchzuführen, wie bei dem Legat. Auch nöthigen die von Eichhorn angeführten Gesetze ihn nicht dazu; denn die sächsische Decision [10]) enthält die allgemeine Vorschrift, daß, wenn der Erblasser den Erbeinsetzungsvertrag über sein ganzes Vermögen in die Gerichtsbücher, unter denen Immobilien liegen, hat eintragen lassen, rücksichtlich dieser ihm die freie Disposition genommen seyn soll; und das preußische Landrecht [11]) bestimmt nur, daß ein Familienfideicommiß auf das dazu gewidmete Grundstück ins Hypothekenbuch eingetragen werden soll. Beide Gesetze gehören also nicht hierher.

Sehen wir nun auf die Citate, welche Eichhorn für seinen allgemeinen Satz aufgestellt hat, so handeln die Stellen bei Stryke [12]) nicht von dem s. g. singulairen Erbvertrag, sondern von der Erbverbrüderung, für welche dieselbe Wirkung angenommen wird, als wenn sie noch durch die Auflassung eingegangen würde. Um dieses zu begründen, werden namentlich die Worte der sächsisch-hessischen Erbverbrüderung: "Thun auch gemeldte Auff- und Ubergabe gegen einander gegenwertiglich", — benutzt, obgleich sie ursprünglich ihre ganz bestimmte Beziehung auf die Auflassung hatten, und später, als das Geschäft in einen wahren Erbvertrag überging, bedeutungslos stehen blieben [13]). Es hängt diese Ansicht von Stryke mit der allgemeinen

10) Chursächsische Decision von 1746. Nu. 13.; s. unten §. 10.

11) A. L. R. Th. II. Tit. 4. §. 64.

12) S. Stryk. de successione ab intestato. diss. VIII. cap. 7. §. 30. 31. 49.

13) S. Th. I. S. 237, und oben §. 5. Note 22.

Auffassung der Erbeinsetzungsverträge zusammen, welche sich bei einigen älteren Juristen findet: sie folgten der Deduction des Oldradus, ohne die dazu nöthigen Erfordernisse, namentlich die Auflassung in Anspruch zu nehmen [14]). Auch Stryke weiß sich am Ende nicht anders zu helfen, als daß er eine Tradition fingirt [15]). — An diese Meinung der Juristen schließt sich auch Pätz [16]) an, indem er sich auf Gaill beruft, der aber in dieser Beziehung keinen Unterschied macht zwischen dem universellen und particulairen Erbvertrag. Pätz räumt ein, daß nach den Principien des Civilrechts aus einem bloßen Vertrag regelmäßig kein dingliches Recht entstehe; er will diese Regel aber für das deutsche Recht nicht gelten lassen, und namentlich nicht bei den Erbverträgen, deren Geschichte die Unanwendbarkeit derselben zeige. Dieß hatte schon vor Pätz v. Kreittmayr ausgesprochen; er findet [17]), daß die Meinung, ein pactum könne nicht rem afficiren, und die Uebertragung des Eigenthums nicht hindern, über allen Menschenverstand hinausgehe, eine römische Subtilität und Hirngespinnst, und von den Neueren auch verworfen sey.

Prüfen wir nun die Ansicht von Eichhorn und seinen Gewährsmännern [18]) näher, so wird nicht gesagt, bei dem

14) S. oben §. 6. S. 162 ff.

15) — et ficta quaedam traditio intervenisse, sagt Stryke a. a. O. §. 30., bonaque per constitutum possessorium statim translata censentur.

16) C. W. Paetz, commentatio successione universali per pactum promissa etc. sect. I. §. 7.

17) v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Max. Bav. civ. Th. III. Kap. 11. §. 1. Nu. 6.

18) Die a. a. O. citirte Abhandlung von Saup habe ich nicht zu Gesicht bekommen können; sie wird aber auch wohl nichts Neues geben.

Erbvertrage über einzelne Sachen gehe das Eigenthum derselben sogleich auf den Bedachten über; er soll vielmehr nur ein sogleich wirksames Recht bekommen, kraft dessen ihm das Eigenthum erst mit dem Tode des Erblassers zufällt. Diese Wirkung des Vertrags wird aus der früheren Zeit, wo noch die Auflassung bei dem Geschäfte nöthig war, herüber genommen. Da aber durch jenen Act sogleich Eigenthum an der Sache übertragen ward, entweder ein Gesammteigenthum oder ein gewöhnliches privatives, welches nur durch das lebenslängliche Nutzungsrecht des Tradenten beschränkt ward; so sollte man erwarten, daß auch jetzt dem Vertrage, der an die Stelle der Auflassung getreten ist, die Wirkung beigelegt werde, das Eigenthum auf den Vertragserben zu übertragen. Aber das erhält er erst mit dem Tode des Erblassers; in der Zwischenzeit soll ihm nur ein sogleich wirksames dingliches Recht an der Sache zustehen, was aber noch kein Eigenthum ist. Was für ein Recht ist es denn? v. Kreittmayr sagt a. a. O., es sey ein dingliches Recht, kraft dessen man noch bei Lebzeiten des Erblassers, also noch mehr nach seinem Tode, die Veräußerung der res in pactum deducta hindern, sie von jedem dritten Besitzer vindiciren, sohin auch in allen dahin einschlagenden Sachen pro interesse suo et jure ex pacto quaesito interveniren könne. Pätz a. a. O. kömmt zu dem ähnlichen Resultat, daß die Sache nicht veräußert werden dürfe, und auch nicht für die Schulden des Erblassers hafte. Eichhorn spricht sich nicht deutlicher über das Recht des Bedachten während der Lebenszeit des Erblassers aus, bezeichnet es nur als ein dingliches (denn das ist unter einem sogleich würksamen Recht an der Sache doch wohl zu verstehen?), — läßt aber die Sache doch unter Umständen für die Schulden des Erblassers haften.

Das Rechtsverhältniß stellt sich also so: ursprünglich ward die Vergabung einer einzelnen Sache, und zwar einer unbeweglichen, durch die Auflassung bewirkt, wodurch Eigenthumsrechte daran ertheilt wurden; jetzt ruht das Geschäft, statt auf der Auflassung, auf dem Vertrage, und dieser hat die Wirkung, welche mit jenem Acte verbunden war, ohne Unterschied des Gegenstandes (denn das jetzige Geschäft wird nicht bloß auf Immobilien bezogen). Dabei ist denn aber noch das Besondere, daß die Hauptwirkung, nämlich die Uebertragung des Eigenthums, erst mit dem Tode des Erblassers eintritt, und in der Zwischenzeit dem Bedachten nur ein sofort wirksames (dingliches) Recht zusteht. Gegen diese Deduction habe ich nun Folgendes zu bemerken:

a. Es wird ein Zusammenhang zwischen dem hier behandelten Geschäfte, und der Vergabung von Todes wegen angenommen, der sich historisch nicht nachweisen läßt. Darüber s. den vorigen §. Wollte man aber auch einen solchen Zusammenhang zugeben, so könnte der doch nur für den Erbvertrag über Immobilien benutzt werden.

b. Man beruft sich auf die Wirkung der Auflassung, welche durch den Vertrag ersetzt werden soll, und führt dieß doch nicht consequent durch, indem man den Uebergang des Eigenthums erst nach dem Tode des Erblassers setzt, und den im Gesammteigenthum liegenden Rechten nur soviel herausnimmt, als nöthig scheint, um den Bedachten sicher zu stellen, daß ihm zur gehörigen Zeit der Anfall der Sache auch etwas nütze.

c. Dieses Recht, welches man ihm in der Zwischenzeit beilegt, hat keinen bestimmten juristischen Charakter, da es nicht persönlich ist, und auch nicht unter eine Art der bekannten dinglichen Rechte fällt. Denn das Eigenthum be-

kommt der Bedachte erst später; ein Erbrecht hat er auch nicht, eben so wenig ein bloß accessorisches Recht zum Schutze seines Anspruchs, also ein diesem Verhältniß ganz eigenthümliches Recht, welches weder in dem älteren deutschen, noch in dem römischen Rechte begründet, ebensowenig aber aus modernen Rechtsprincipien construirt wird.

d. Im älteren deutschen Recht konnte kein dingliches Recht durch Vertrag bestellt werden; es war darin noch strenger als das römische, wo dieß in einzelnen Fällen geschah. Da jedoch das römische Recht für die Uebertragung des Eigenthums die Tradition festgehalten hat, so liegt hierin die Regel für diese Verhältnisse, weil im Eigenthum alle möglichen dinglichen Rechte umschlossen sind; jene Fälle also, wo etwas anders gestattet ist, stellen sich nur als Ausnahmen dar, welche strenge zu interpretiren sind. Um also jene Deduction des Erbvertrags an einzelnen Sachen zu rechtfertigen, müßte man nachweisen, daß im neuern deutschen Recht der Vertrag an die Stelle der Tradition oder Auflassung getreten sey, oder wenigstens treten könne, — was aber bis jetzt noch nicht geschehen ist.

Eichhorn's Ansicht von dem hier behandelten Geschäfte ist nun auch schon von Hasse[19]) bekämpft worden, indem er die Haupteinwürfe dagegen sehr gut so zusammenfaßt: — "wir bekämen denn also hier eine Irregularität in unser Recht, die wir uns eines veralteten Requisits wegen, das aber selbst regulär wirkte, gefallen lassen müßten, eine Irregularität, die um so mehr hervorstechen muß, da sie gegen das Erforderniß gerichtlicher Verlassung bei Grundstücken, was doch auch uns eine Regel ist, zurückweichen soll." — So weit bin ich ganz mit Hasse einverstanden;

---

19) S. rhein. Museum für Jurispr. III. 1. S. 17 ff.

aber in seiner weiteren Argumentation gegen Eichhorn, wodurch er seine eigene Ansicht von diesem Geschäft einleitet, kann ich ihm nicht folgen. "Und ferner", heißt es a. a. O. S. 20. weiter, "wir hätten dann in unserm Recht gar keinen singulären Erbvertrag, denn was man so nennen könnte, wäre nichts weiter als eine unwiderrufliche mortis causa donatio mit einigen einheimischen Sonderbarkeiten, die sich auch bald particulär genug ausweisen würden. Dadurch würde denn aber der Rechtsstoff, wie er wirklich vorhanden ist, nur verkürzt." — Das Letzte will nun gewiß nicht viel sagen: denn entweder wird ein singulärer Erbvertrag seinen natürlichen Platz in unserm Rechtssysteme finden, so daß er den Anforderungen des Lebens und einer gesunden Jurisprudenz entspricht, und dann wird seine juristische Construction mit dem zusammen treffen, was die Erfahrung lehrt, und niemand wird an seiner Existenz zweifeln. Oder es handelt sich hier um ein Institut, welches weder practisch noch theoretisch eine natürliche Grundlage hat, und dann ist es gewiß richtig, dasselbe schonungslos aus dem Rechtsgebiete zu verbannen. Folgen wir aber unserm Autor weiter in seiner Deduction. Zuerst stellt er die Möglichkeit dar, einem Vertragserben ein Vermächtniß aufzulegen, was schon oben Nu. I. 2. von uns anerkannt worden ist; dann fährt er fort: "Kann man nun aber dieß ausrichten, wenn man es will, und man kann es gewiß, warum soll dieß denn auch nicht allemal die Regel seyn, sobald man nichts weiter that, als daß man mit dem Andern durch Vereinbarung ausmachte, er solle die Sache nach unserm Tode aus unserer Erbschaft haben, oder in der Form: ich sage dir zu, dir soll die Sache vermacht seyn: und der künftige Vermächtnißnehmer acceptirt dieß; nur deutlicher: mein Erbe soll dir das aus

meinem Nachlaß geben, diese Zusicherung wird angenommen." — Was für eine Art Rechtsverhältniß ist hier denn nun aber begründet worden? Darüber will Hasse uns aufklären: "kein eigentliches Versprechen, um eine obligatio selbst zu übernehmen, die aber erst nach dem Tode eingefordert werden kann, ist dieß. Auch keine Tradition geschieht hier." Damit ist die Sache noch nicht weiter gebracht; aber daß der Verfasser selbst nicht gewußt hat, das Geschäft zur Klarheit zu bringen, zeigen die folgenden Worte deutlich: "Schon durch jene Möglichkeit, es so zu machen, wird der Rechtsstoff gegen Verkürzung gesichert, indem wir aber die Wirklichkeit constatiren, verkürzen wir ihn hier nicht im mindesten. Denn will man es anders machen, so kann man ja nur tradiren" u. s. w. Ich bin nicht ganz sicher, ob ich dieß recht verstehe, denke mir aber, Hasse hat damit sagen wollen, daß es genügt, den Rechtsstoff in der Deduction vollständig zu bewahren, wenn auch das deducirte Geschäft in der Wirklichkeit unanwendbar und daher überflüssig ist. Demnach gäbe es eine positive Jurisprudenz (denn von der Rechtsphilosophie ist hier nicht die Rede), die ihren Zweck und ihre Haltung nicht in der Anwendung fände, sondern etwas für sich Existirendes wäre, das Product einer Deduction, die sich um sich selbst herumdreht. Ich weiß es freilich wohl, daß sehr bedeutende (und sehr unbedeutende) Juristen und namentlich auch Hasse zu dieser Auffassung der Jurisprudenz sich hingeneigt haben, als läge in ihr die wahre Weihe wissenschaftlicher Bestrebungen; aber das hält mich nicht ab, in dieser Richtung die maaßlose Ueberschätzung einer an sich ganz practischen Disciplin zu finden, die zwar, wie jede andere, in ihrer theoretischen Behandlung der wissenschaftlichen Würde nicht entbehren kann; die aber doch im Leben

und in den Verhältnissen die feste Grenze ihrer Unabhängigkeit findet [20]).

Aus all diesen Irrgängen der juristischen Deduction kommt man nur dann heraus, wenn man den Grundsatz fest hält, daß der Erbeinsetzungsvertrag sich auf die Beerbung bezieht, es also, abgesehen von den oben genannten Fällen, nur mit einer Universalsuccession und nicht mit einzelnen Sachen zu thun hat. Für diese Ansicht habe ich eine Stütze an v. Langenn und Kori [21]); auch die französische Jurisprudenz [22]) und das österreichische Gesetzbuch [23]) kennen keinen Erbvertrag über einzelne Sachen, sondern nur über die Beerbung, indem entweder der ganze Nachlaß oder eine Quote Gegenstand desselben ist. Das preußische Landrecht freilich, welches hier auch eine Definition vermeidet, hat bei den Erbverträgen unter Ehegatten diesen Begriff

---

20) Auf eine ähnliche Weise, wie Hasse, hat sich auch Hartm. Pistoris bei der Deduction des singulären Erbvertrags verlaufen; s. quaest. jur. lib. IV. q. 2; er sucht sich vornemlich auf den römischen heres in re certa zu stützen, kann aber selbst seine Verlegenheit bei der Handhabung dieses schwierigen Begriffes nicht verbergen. — Pistoris findet auch am Ende selbst (l. c. qu. 3.), daß man bei solchen Zuwendungen auf den Todesfall an keinen Erbvertrag zu denken habe, eben wegen des gemeinrechtlichen Begriffs des Erbrechts, wenn dabei nicht ausdrücklich die Succession als beabsichtigt erwähnt ist. Dieß hängt mit der früher gebräuchlichen Interpretation dieser Geschäfte nach dem Wortlaut zusammen, wovon oben §. 6. am Ende gehandelt worden ist.

21) v. Langenn und Kori Erörterung practischer Rechtsfragen. II. Nu. 25. Ich habe das Buch nicht selbst vor mir, sondern führe es an nach Richters kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissensch. Jahrg. 1837. I. S. 82.

22) S. Merlin, répertoire s. v. Institution contract. §. 2.

23) Oesterreichisches Gesetzbuch §. 602. 1249.; vgl. Winiwarter in Wagner's Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit. Jahrg. 1825. Band I. Nu. XXII. §. 2.

nicht strenge durchgeführt [24]), aber daß dadurch die Consequenz und Präcision bei der Behandlung dieser Lehre nicht gelitten hat, wird schwerlich jemand behaupten wollen.

Nach der bisherigen Erörterung nun kann ich die viel bestrittene Frage, ob und inwiefern der Erbeinsetzungsvertrag sich von der m. c. donatio unterscheidet, auf sich beruhen lassen; denn der Begriff der Universalsuccession bei dem ersteren Geschäft schließt jede Kreuzung desselben mit dem andern aus [25]). Dagegen muß hier kurz zur Erwägung gebracht werden, ob denn jede vertragsmäßige Zuwendung einzelner Sachen, deren Effect auf den Tod gestellt ist, nach römischem Rechte und als m. c. donatio zu beurtheilen sey. — Soviel ist nun allerdings gewiß, daß wir, einmal aus dem Gebiet der Erbverträge herausgetreten, auch vom deutschen Recht uns entfernen, und das römische nicht mehr zu vermeiden brauchen, um für die Beurtheilung vorgelegter Geschäfte die richtige Norm zu finden. Es giebt jedoch noch einige Institute, welche man im weitern Sinn zu den deutschrechtlichen Vergabungen von Todes wegen stellen konnte, und welche auch jetzt nach eigenthümlichen germanistischen Grundsätzen beurtheilt werden müssen; dahin gehört namentlich die Lehre von dem Leibgeding und Witthum. Diese unter römische Analogien bringen wollen, wäre grundfalsch; aber auf der andern Seite gehören sie auch nicht zu den Erbeinsetzungsverträgen, so wenig als etwa ein pactum de dote lucranda, und ich kann sie daher hier ganz außer Frage lassen.

Abgesehen nun von solchen besonderen Geschäften steht nichts entgegen, daß man die Schenkungen, welche auf

---

24) A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 445. 452 ff.

25) Vgl. Hasse im rhein. Museum III. 1. S. 13 ff. — Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar Th. 38. S. 59.

den Tod gestellt sind, nach römischem Rechte beurtheile; da sie sich als ein selbständiges deutsches Institut, wie gezeigt, nicht haben erhalten können. Für die Feststellung des Einzelnen kommt hier denn Alles darauf an, zu bestimmen, wann ein solches Geschäft für donatio mortis causa oder inter vivos zu halten sey; zu welchem Zweck der Punkt, wo beide Geschäfte sich von einander trennen, hervorgehoben werden muß. In dieser Beziehung hat Hasse[26]) den Satz aufgestellt, daß der Widerruf bei der mortis causa donatio wohl aufgegeben werden könne, ohne ihrem Wesen zu schaden, nie aber das Erforderniß, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe. Für unsern Zweck ist besonders wichtig die Interpretationsregel, welche in folgender Stelle gegeben ist:

L. 27. D. de m. c. donationibus. Marcianus lib. V. Regularum. Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio: ideoque inter viros et uxores non valet: et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione[27]).

Wie Hasse das: ut nullo casu revocetur in Uebereinstimmung mit seiner Ansicht bringt, mag man bei ihm selbst nachsehen; ich hebe bloß den von Marcian ausgesprochenen Grundsatz heraus, daß eine Schenkung, welche, obgleich auf den Tod gestellt, doch eine mit der mortis causa donatio nicht verträgliche Bestimmung enthält, den Charakter der donatio inter vivos, welche für diese Verhältnisse die Regel bildet, wieder annimmt. Obgleich dieser

---

26) a. a. O. II. 3. S. 337 ff.

27) Vgl. L. 35. §. 2. D. eodem.

nämlich durch die Erwähnung des Todes verloren gegangen zu seyn schien, so konnte ihn doch die angeführte Clausel fest halten. Da nun die aus den Umständen nachgewiesene Absicht der Parteien hier ebenso gut gelten muß, als die ausdrückliche Beredung, so ist es eine reine quaestio facti, ob die auf den Tod gestellte Schenkung für eine donatio m. c. oder inter vivos zu halten sey [28]. Fehlte daher bei einer Schenkung, welche erst nach dem Tode des Schenkers ihren vollen Effect haben soll, die für die m. c. donatio nothwendige Form, so darf man, wenn nicht bestimmte Gründe entgegenstehen, eine vera et perfecta donatio annehmen, da nicht zu vermuthen ist, daß die Contrahenten für das beabsichtigte Geschäft nicht die rechte Form gewählt haben. Dieß wird namentlich der Fall seyn, wenn das Geschäft bloß in den Grenzen des Vertrags blieb, noch nicht zur Erfüllung gekommen ist: denn wenn die Leistung schon geschehen, und doch eine Beziehung auf den Tod des Schenkers, die sich nicht auf Nebenberedungen bezieht, hineingelegt worden ist; so wird freilich regelmäßig eine m. c. donatio anzunehmen seyn. Besteht aber die Zuwendung noch bloß in einem Vertrage, dem nach des Schenkers Tode die Erfüllung folgen soll, so ist die durch die Zeitbestimmung herbeigeführte Präsumption für eine donatio m. c. vollständig gehoben, und jetzt noch mehr als bei den Römern. Bei diesen mochte man nämlich schon deswegen eher an eine m. c. donatio denken, weil sie dieß Geschäft nicht ohne einen Hinblick auf das Princip der letztwilligen Verfügungen entwickelt hatten, während das heutige Recht, sollten auch die deutschrechtlichen Vergabungen von Todes wegen nicht mehr in der Rechtsansicht

28) cf. L. 13. §. 1. D. eodem.

nachwirken, doch im Erbvertrag ein anderes Princip anerkennt [29]).

Die juristische Möglichkeit eines solchen Geschäftes, wodurch eine Obligation dem Effecte nach auf die Erben gestellt wird, läßt sich nun gar nicht bezweifeln, wenn man die jetzige Stellung des Schenkungsvertrags und die Regel bedenkt, daß der Anfang der Klagen auf die Erben gestellt werden kann [30]). Der Bedachte erhält also eine Klage gegen den Erben des Schenkers auf Herausgabe oder Leistung der geschenkten Sache oder ihres Werthes; der Anspruch stellt sich als eine Forderung heraus, die als Erbschaftsschuld betrachtet, vor andern keinen Vorzug in Anspruch nehmen kann: dazu und um dem Beschenkten ein dingliches Recht zu verschaffen, würde die Bestellung eines Pfandrechtes nöthig seyn. Bei dem Leben des Schenkers hat der Beschenkte kein Recht geltend zu machen; dagegen aber sehe ich keinen Grund, warum er es nicht, falls er vor jenem stürbe, auf seine Erben transmittiren sollte [31]).

II. Wechselseitig ist derjenige Erbeinsetzungsvertrag, durch welchen sich zwei oder mehre Personen gegenseitig ein Erbrecht einräumen, so daß der ganze Erfolg des Geschäftes

---

29) Beispiele einer solchen donatio inter vivos, deren völliger Effect erst nach dem Tode des Schenkers eintreten soll, s. bei Struben, rechtl. Bedenken II. Nu. 36.; sie mögen allerdings mit der alten Vergabung von Todes wegen zusammenhängen, aber eine Fortführung desselben kann man sie nicht nennen; sie sind vielmehr unter den gemeinrechtlichen Begriff der Schenkung zu bringen.

30) c. unica. C. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant. — cf. Hartmann Pistoris, quaestiones jur. lib. IV. qu. 2. in f.

31) Ueber die hier behandelten Rechtsverhältnisse ist im Allgemeinen zu vergleichen D. Mevius, ad jus lub. lib. I. tit. 6. art. 2. nu. 38 sqq. — idem, decision. p. VI. dec. 332.

auf den Längstlebenden gestellt ist. Man kann sich die Sache so denken, daß zwei Geschäfte in einander geschoben sind, von denen aber nothwendig nur eins verwirklicht wird; es wäre jedoch verkehrt, aus dieser Auffassung weitere Folgerungen ziehen zu wollen. Denn wenn man beide Erbeinsetzungen auch getrennt errichten kann, so lassen sie sich doch auch recht gut als die Ausflüsse derselben Beredung denken, so daß in der Gegenseitigkeit eben ein wesentlicher Theil des Consenses liegt, ohne den das Geschäft gar nicht existiren würde. Dieß zeigt sich am deutlichsten bei der Erbverbrüderung, welche nur eine besonders modificirte Art des wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrags ist. — Natürlich ist es von der größten Wichtigkeit zu wissen, wie man ein solches Geschäft zu beurtheilen hat, ob darin zwei getrennte Verträge oder nur ein einziger enthalten sind: denn im ersten Fall würde z. B. die Ungültigkeit der einen Erbeinsetzung, etwa wegen persönlicher Unfähigkeit des Promittenten, noch nicht nothwendig die der andern nach sich ziehn, während im zweiten Fall das ganze Geschäft zusammenfallen muß, sobald ein wesentlicher Bestandtheil fehlt, und das wäre hier die gegenüberstehende Einsetzung. Ganz wird diese Frage nicht leicht aufhören, eine quaestio facti zu seyn; aber wenn man die gewöhnliche Errichtung solcher Geschäfte in einem Acte und einer Urkunde bedenkt, und zugleich die Analogie der Erbverbrüderung herbeizieht, so wird es sich rechtfertigen lassen, daß man im Zweifel nur ein einziges Geschäft annimmt [32]). Das muß

---

32) So scheint auch das preußische Landrecht das Geschäft aufgefaßt zu haben. Die Stelle über den wechselseitigen Erbvertrag ist zwar nicht ganz entscheidend; s. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 631. "Aus einem wechselseitigen Erbvertrage erlangt nur der Ueberlebende ein Erbrecht" u. s. w. Vergleicht man aber damit die Stelle, welche

denn als eine eigene Art der zweiseitigen Verträge aufgefaßt, und in seiner Totalität, nach seinem Wesen und Zweck beurtheilt werden; auch reicht es dann jedenfalls hin, daß, wo eine bestimmte Form für vertragsmäßige Erbeinsetzung vorgeschrieben ist, diese nur einfach beobachtet zu werden braucht, — ein Grundsatz, den man selbst für die wechselseitigen Testamente allgemein zur Anwendung bringt, obgleich hier von einem zweiseitigen Geschäfte nicht die Rede seyn sollte. Es hat sich aber überhaupt dieses letztere Institut zum Theil des Platzes bemächtigt, welcher dem wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrage gebührt, wovon jedoch passender unten (§. 13.) weitläuftiger gehandelt wird. Von der Erbverbrüderung und einigen Fällen der Einkindschaft abgesehen, kommt derselbe übrigens fast nur in Ehestiftungen und unter Ehegatten vor, und könnte auch füglich darauf beschränkt werden. Hin und wieder finden sich jedoch Beispiele, daß auch andere Personen sich durch Vertrag wechselseitig ein Erbrecht bestellen; über einen solchen

---

von den gegenseitigen Schenkungen handelt; so läßt sich nach dem Gegensatz annehmen, daß jenes Geschäft als ein zweiseitiger Vertrag aufgefaßt worden ist; s. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 1051. "Wenn wechselseitige Schenkungen unter Lebendigen geschehen sind, so muß jede Schenkung für sich, nach den von Schenkungen überhaupt vorgeschriebenen Regeln, beurtheilt werden." — Auch das österreichische Gesetzbuch enthält für unsern Fall keine bestimmte Vorschrift. Der §. 1250. lautet: "Ein pflegbefohlener Ehegatte kann zwar die ihm versprochene unnachtheilige Verlassenschaft annehmen, aber die Verfügung über seine eigene Verlassenschaft kann, ohne Genehmhaltung des Gerichts, nur insofern bestehen, als sie ein gültiges Testament ist." — Wenn hier von einem wechselseitigen Erbvertrage die Rede ist, so hat das Gesetzbuch ihn als zwei getrennte Geschäfte aufgefaßt. Aber nothwendig ist diese Annahme nicht, da das österreichische Recht auch den einseitigen Erbvertrag unter Ehegatten kennt; s. Winiwarter in der §. 7. Note 52. citirten Abhandlung §. 2.; vgl. Code civ. art. 1091. 1093.

Fall hat Pütter[33]) ein sehr elegantes Gutachten abgegeben. Drei Gräfinnen, welche als Schwestern in bester Eintracht ihre Oekonomie gemeinschaftlich führten, hatten im Jahre 1772. einen wechselseitigen Erbvertrag geschlossen. Wenn eine von ihnen unverheirathet verstürbe, so sollten jedesmal die Ueberlebenden der Verstorbenen sämmtlichen Nachlaß bekommen, der letzten aber darüber nach Gutbefinden zu verfügen freistehen. Pütter, der das Geschäft natürlich für vollkommen gültig hielt, entwickelte daran seine Ansicht von der ganzen Lehre. — Dieß Beispiel mag uns aber aufmerksam machen, daß auch außerhalb der Ehe Verhältnisse vorkommen können, welche bei einem ähnlichen Bande der Innigkeit und Dauer, ebenfalls den Erbeinsetzungsvertrag, namentlich den wechselseitigen, für sich in Anspruch nehmen können. Nur sind diese Verhältnisse selten, und werden auch regelmäßig durch freie letztwillige Dispositionen zu befriedigen seyn.

III. Die Frage über die Gültigkeit der s. g. restitutiven Erbverträge, oder wie Hasse[34]) will, der Universalfideicommisse durch Vertrag, läßt sich nicht beantworten, wenn man nicht über die Bedeutung der Ausdrücke einig ist, und gerade hier findet die größte Verwirrung statt[35]). Ohne mich nun an eine bestimmte Terminologie anzuschließen, fasse ich hier alle Fälle zusammen, in welchen einem Dritten durch einen Vertrag, an dem er selbst keinen Antheil genommen hat, der aber ausdrücklich mit auf ihn gerichtet worden, ein Erbrecht bestellt ist. Ausgeschlossen bleibt also der Vertrag, durch welchen jemand als Mitcon-

33) J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Nu. 258.

34) Rhein. Museum II. 2. S. 153.

35) S. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar. Theil 38. S. 68. Note 56.

trahent sich ein Erbrecht zur zweiten Hand hat einräumen lassen, sey es, daß er als Substitut des ersten Vertragserben eintreten, oder die Erbschaft als Fideicomissar erst nach diesem erhalten soll. Hier finde ich nichts Besonderes, da, wenn man einmal die vertragsmäßige Erbfolge dem Princip nach anerkennt, es nicht einzusehen ist, warum sie nicht alle Wendungen mit machen soll, welche den Verhältnissen angemessen, und mit dem Vertrage auszuführen sind. Das Unterscheidende für die hier behandelten Fälle besteht darin, daß jemand aus einem ihm fremden Vertrage Rechte erwerben soll. Dahin könnte man denn vor Allen das Familienfideicommiß rechnen wollen, dessen besondere Erwägung ich jedoch bis dahin aussetze, wo von den Erbeinsetzungsverträgen unter dem Adel die Rede seyn wird.

Was nun aber im Allgemeinen die rechtliche Stellung der Verträge betrifft, durch welche einem Dritten ein Erbrecht zugewandt wird; so bin ich insoweit ganz der Ansicht von Mühlenbruch [36]), daß kein Grund vorzuliegen scheint, für diesen Fall von der Regel abzuweichen, welche über den Erwerb von Rechten aus den Verträgen dritter Personen gilt. Ich finde wenigstens allenthalben, wo das hier behandelte Geschäft als eine besondere Ausnahme aufgefaßt wird, von Stryke [37]) bis Eichhorn [38]) keine Gründe dafür angegeben; denn das Familienfideicommiß kann nicht als reine Anwendung der vertragsmäßigen Erbeseinsetzung eines Dritten gelten, da, wie unten gezeigt

---

36) a. a. O. S. 68 ff.

37) S. Stryk. tract. de success. ab intest. Diss. VIII. cap. 9.

38) Einleitung ins deutsche Privatrecht §. 343. Nu. IV. Eichhorn hält nicht jeden Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten für gültig, sondern nur einzelne Arten desselben; vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. Note 56.

werden soll, die Idee der deutschen Familie bei dessen Constituirung noch thätig gewesen ist. — Also über den Standpunkt, welchen man bei der Beurtheilung der zur Frage gestellten Geschäfte einzunehmen hat, bin ich mit Mühlenbruch einig; nur über die hier anzuwendende Regel kann ich mit ihm nicht übereinstimmen. Ich habe oben §. 2. Nu. III. genauer zu entwickeln gesucht, unter welchen Umständen jetzt ein Vertrag zu Gunsten dritter Personen wirksam ist, und verweise auf die dort gegebene Ausführung; Mühlenbruch verlangt stets ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Geschäftsführer und dem Dritten, in Folge dessen dieser möglicherweise wider jenen auf Abtretung des erworbenen Forderungsrechts klagen könnte. Doch gestattet er eine freiwillig übernommene Geschäftsführung und giebt zu, daß jedes für einen Dritten eingegangene Geschäft durch hinterher erfolgte Genehmigung wirklich sein Geschäft werde. — Führt man diese Ansicht consequent und streng durch, so wird selten die Zuwendung in einem Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten, aufrecht erhalten werden können, möge dieser nun als Erbe oder als Vermächtnißnehmer darin bedacht seyn, und doch kommen solche Bestimmungen namentlich in Ehepacten häufig vor. Mühlenbruch sucht ihnen auch wohl deswegen von einer andern Seite her zu Hülfe zu kommen, indem er annimmt, daß die Grundsätze über die donatio sub modo analogisch auf den Erbvertrag zur Anwendung gebracht werden können, vorausgesetzt, daß die Verfügung ohne alles Aequivalent gemacht worden sey.

§. 9.

Von der Form des Erbeinsetzungsvertrags.

Daß der Erbvertrag nach gemeinem Recht ganz formlos sey, ist oben (§. 2. Nu. I.) weitläuftig besprochen wor=

den; hier stellt sich nun aber für den Erbeinsetzungsvertrag eine abweichende Meinung zur Beachtung dar, welche eine genauere Prüfung in Anspruch nimmt. Eichhorn nämlich verlangt als nothwendige Form für denselben die schriftliche Abfassung, und obgleich, so viel mir bekannt ist, diese Ansicht keinen Nachfolger gefunden hat; so ist doch der Name ihres Urhebers so bedeutend in allen Sachen des deutschen Rechts, und derselben eine so ernst gemeinte Begründung beigegeben, daß sie hier nicht bei Seite gelassen werden darf. — Die betreffende Stelle bei Eichhorn lautet so[1]:

"Das ältere deutsche Recht hatte für die Zusicherung, sowohl des ganzen Vermögens als einzelner Güter, auf den Todesfall, die nehmliche Form wie für Veräußerungen des echten Eigenthums. Der häufigere Gebrauch dieser Geschäfte, zu dem Zweck, einem Andern das ganze Vermögen "zu verschaffen", führte allmälig dazu, sich mit einer Urkunde (Hantfeste) zu begnügen, die wohl ursprünglich immer eine gerichtliche war. Daß ein Versprechen in jeder Form zu irgend einer Zeit die Würkungen eines Erbvertrags gehabt habe, ist hingegen unerweislich. Daher läßt sich auch für das heutige Recht nur behaupten, daß ein schriftlicher Erbvertrag würksam sey, wo das particuläre Recht nicht eine besondere Form vorschreibt, in welchem besonders das Erforderniß der gerichtlichen Bestätigung sehr häufig ist."

Eichhorn nimmt also an, daß die Form der Vergabungen nach und nach von der Auflassung zur bloß schriftlichen Abfassung herunter gesunken, und daß die letztere jetzt auch die gemeinrechtliche Form für den Erbeinsetzungsvertrag sey. Um dieses zu beweisen, mußte nun gezeigt

---

1) Einleitung in das deutsche Privatr. §. 342.

werden, daß bei der Vergabung von Todes wegen die Schrift wirklich an die Stelle der Auflassung getreten sey, und daß der heutige Erbeinsetzungsvertrag sich organisch aus jenem älteren Institute entwickelt habe, so daß die Grundsätze, welche für dieses galten, auch jetzt noch, so weit die Umstände es gestatten, ihre Anwendung finden müssen. Ich will diese beiden Punkte zuerst erörtern, und dann einige allgemeine Bemerkungen über die Form des hier behandelten Geschäftes folgen lassen.

In der Note c. führt Eichhorn die beiden Stellen aus den Rechtsbüchern an, welche von den Vergabungen von Todes wegen handeln, wahrscheinlich um aus dem sächsischen Landrecht die ältere Form, aus dem schwäbischen aber die neuere, bloß in der Schrift bestehende nachzuweisen. Was nun die letzte Stelle betrifft, die uns hier allein interessirt, so habe ich sie schon früher [2]) auf eine andere Weise zu erklären gesucht, und bin noch derselben Meinung darüber. Sollte man aber auch meiner Erklärung nicht beipflichten wollen, so glaube ich doch, die von Eichhorn gegebene so weit entkräftet zu haben, daß sie nicht ausreicht, um die angeführte Deduction darauf zu bauen. Mit dem schwäbischen Landrecht fallen nun aber auch die Statute, welche in dieser Lehre aus demselben geschöpft haben, z. B. das bairische Landrecht [3]), auf die Eichhorn sich auch gar nicht beruft. Er hat jene Stelle aber überhaupt wohl nur beispielsweise gewählt, und nicht alle Beweismittel aufgeboten, welche ihm für seine Meinung zu Gebote standen. Ich will daher diesen Punkt noch nicht verlassen, sondern selbst diejenigen Gründe hervorheben und prüfen, von welchen ich glaube, daß jener Gelehrte sie vorgebracht haben würde,

2) Theil I. S. 137 ff.
3) a. a. O. S. 142. Note 21.

wenn er Gelegenheit gehabt hätte, die Frage weitläuftiger zu erörtern.

Zuerst erregen nun die Handfesten unsere Aufmerksamkeit, welche in den Statuten und Ordeelen von Bremen so häufig vorkommen, und ohne allen Zweifel sich mitunter auf die Vergabungen von Todes wegen beziehen [4]). Denn es fragt sich, ob man über die formlose Zuwendung bloß eine wenn auch öffentliche Urkunde (Stades hantveste) aufgenommen hat, oder ob auch hier die Auflassung vorausging, wenn es sich von Immobilien und einem ganzen Vermögen handelte, so daß die Schrift nur des Beweises wegen hinzukam. Prüft man nun diese Geschäfte, und hält man sie mit der allgemeinen Stellung, welche die Handfesten im Bremer Recht einnehmen, zusammen; so zeigt sich kein hinreichender Grund, für den vorliegenden Fall der Schrift eine Wichtigkeit beizulegen, welche sich als eine besondere Ausnahme darstellen würde. So wie der Rentenkauf nicht ohne die Auflassung geschlossen ward, obgleich die darüber ausgestellte Urkunde vorzugsweise Handfeste hieß: so wird auch in Bremen bei der Vergabung die Auflassung nothwendig geblieben seyn, wie es in andern Gegenden Deutschlands bis ins 16. Jahrhundert hinein der Fall war [5]). In dieser Auffassung stimmt auch dem Resultat nach Donandt [6]) mit uns überein, obgleich

---

4) S. G. Oelrichs, vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der freien Stadt Bremen. p. 220. Nu. 132. "Herman Rike dhe brachte ene stades hantveste vor dhe ratmanne, dhe de sprac, dat A. R. habde vorgheven H. Th. unde H. R. unde eren erven alle ere gut wegbelic unde unbeweglic na ereme dode tho beholdenn." — Vgl. p. 163. Nu. 1. p. 251. Nu. 213.

5) S. oben §. 7. Note 6-9.

6) In seinem vortrefflichen Werk: Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts; II. S. 309 ff. 319 ff.

er die Handfesten über Vergabungen nicht besonders hervorhebt, und auch die allgemeine Bedeutung solcher Urkunden, wie sie namentlich im Hildesheimer Statut[7]) so deutlich hervortritt, ist ihr günstig.

Die angeregte Frage hängt jedoch mit einer anderen, weit allgemeineren zusammen. Fast allgemein ist in späterer Zeit statt der symbolischen Handlung, worin die Auflassung bestand, die Eintragung in Stadt- und Grundbücher aufgekommen, indem die Schrift, anfangs eine formlose Zugabe, sich nach und nach als nothwendiges Requisit an die Auflassung ansetzte und mit ihr auf gleicher Linie erschien, bis sie endlich in jener Gestalt dieselbe ganz verdrängte[8]). Etwas Aehnliches könnte man nun auch bei den Vergabungen vermuthen, und also von dieser Seite her die Schriftlichkeit des Geschäftes als wesentliche Form deduciren wollen. Nun ist es auch sicher, daß die behufs einer Vergabung vorgenommene Auflassung so gut wie jede andere, in die Rathsprotokolle und Gerichtsbücher eingetragen wurde: Beispiele davon finden sich schon aus der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts in Kiel[9]) und Hamburg[10]). Besonders lehrreich über diese Verhältnisse ist das Stadtrecht von Köln[11]), dessen Art. 9. so lautet:

Wie man es mit Vermächtnussen zwischen Mann und Weib, die zusammen keine Kin-

---

7) Statuta civitatis Hildensis bei Pufendorf. observatt. jur. IV. in app. Nu. XV. art. 129. 131.

8) S. den in das Wesen der Auflassung tief eingehenden Aufsatz (von K. Reck) in der hannoverschen Zeitung, Jahrg. 1834. Nu. 274.

9) S. Theil I. S. 183.

10) Gries, Commentar zum hamburg. Stadtrecht, II. S. 117. 118.

11) Statuta et Concordata der Stadt Köln von 1437.

der haben, und eins ableibig würde, Erb und Erbzahlen halten soll. Item als etliche Jahr her Mann und Weib, die keine Kinder haben, dickweil ihr Testament, Vermächtnusse, Gifft oder Aufftracht under sich gemacht haben, die letztlebendige Hand von ihn beiden, all ihr Erb und Gut zu kehren und zu wenden, wo die wolten, und die letztlebendige von ihn beiden darnach, als das beth gebrochen was, dieselbigen Erb unnd Güter in sein Testament vorthan besetzt und geweist hatte, daß man doch an etlichen Gerichten und Schreinen zu Cölln nicht hat von werde noch macht haben wöllen, die ehe genante letztlebende Hand hatte erst dieselb Erb unnd Guter in ihrem Leben verwandelt, das ist zu verstahn, in eins andern hand außgegangen, und dann von demselben wiederumb empfangen, davon dann vil irrung entstanden, und die Leuthe zu großem Lasten und Schaden getrungen worden sein.

Darauff haben wir gesetzt und geordiniert, daß wann Mann und Weib, die keine Kinder haben, ihr Erb und Güter under sich vermachen oder aufftragen, die letzte Hand von ihn beyden zu kehren und zu wenden, etc. Ist dann sache daß der Letztlebendigen von ihn beyden, durch Macht ihrer zusammen Vermachnuß, dieselbe Erb und Güter, da sie also gesammenter Hand angeschrieben stunden, fort in einem andern Testament vor Scheffen und Amptleuthen zu Cöllen, als das gewonlich, und vorgerurt steht, vorgebe, besetze, oder aufftrüge und gesinne in dem newen Testament, daß man ihn inn Macht der ersten Vermächnuß an das Erb allein schriebe, das soll man ihm nicht weigeren, binnen der rechten Zeit dazu gesetzt, mit Nammen binnen der nechsten dreyen Mona=

ten, unnd das Testament, das also von newen gemacht wirdt, das soll mächtig und mogig sein u. s. w. [12]).

Eichhorn [13]) versteht diese Stelle von den Ehestiftungen, in welchen ausgemacht war, daß für den Fall der kinderlosen Ehe der Längstlebende alles Vermögen behalten sollte. Ich werde unten bei der Behandlung der Eheverträge weitläuftiger untersuchen, ob man es sich nicht zu gewöhnlich denkt, daß unsere Vorfahren bei Eingehung einer Ehe die Kinderlosigkeit derselben in Aussicht genommen haben. Diese Stelle des kölner Rechts spricht nun wohl ganz unzweifelhaft nicht von Ehestiftungen, die doch regelmäßig vor Eingehung der Ehe abgeschlossen wurden, sondern von wechselseitigen Vergabungen unter kinderlosen Gatten in stehender Ehe, wie sie im Mittelalter und namentlich in den Stadtrechten so häufig vorkommen [14]). Wir haben es also hier mit einer Vergabung von Todes wegen zu thun, deren Form, durch den früher für nöthig erachteten Wandel aus der Hand des Längstlebenden besonders erschwert, sich allerdings so erklären läßt, wie es von Eichhorn a. a. O. Note e. geschehen ist. Es sollte der Unterschied zwischen dem durch die Auflassung begründeten Gesammteigenthum und dem gesetzlichen Güterrecht unter den Ehegatten durch eine bestimmte, äußere Handlung hervorgehoben werden, welche in einer symbolischen

---

12) Vgl. Cöllnische Schreinordnung von 1473. "Fort zum fünfften mal Mann und Weib die vermechnuß machen, die letzte hand zu wenden unnd zu kehren, alle unbewegliche Güter unnd Erben, wanner sie ableibig wurden ohne wissentliche Geburt nachzulassen, die also in den Schreinen geschrieben werden ꝛc.

13) Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 451. Note e; vgl. §. 455. Note k.

14) S. Theil I. §. 6. Note 35. und 36. §. 10. Note 50. und 52., und oben §. 7. Note 8. 9. 36. und 37.

Verfügung über das Gut bestand, und eine entfernte Aehnlichkeit mit der alten Vestitura hatte, zumal da man in Köln über ihre Nothwendigkeit nicht einig war. Nachdem aber jener Wandel für unnöthig erklärt war, bot das Geschäft weiter keine Eigenthümlichkeit dar, und namentlich hat man keinen Grund anzunehmen, daß durch die Eintragung in die Schreinbücher der formale Act der Auflassung überflüssig geworden sey. In späterer Zeit trat auch in Köln das Symbol freilich immer mehr gegen die Schrift zurück, so daß Mattheis Clasen [15]) die eigentliche feierliche Tradition als eine Antiquität behandelt. Für die Vergabung kam noch hinzu, daß sich auch in Köln ein lebhafter Streit zwischen den Schöffen und Doctoren erhob über die Vorzüge dieses deutschen Geschäftes und des gemeinrechtlichen Testaments [16]), wodurch am Ende eine Art Vermischung beider Geschäfte herbeigeführt ward: denn auch der Testamentserbe mußte stets an den Schrein angeschrieben werden [17]). Dennoch ist auch bei der Vergabung die Auflassung als das entscheidende Moment nicht ganz in die Schrift aufgegangen; der §. 7. des angeführten Buchs lautet nämlich so:

"Eheleute, die sammender Hand ein Haus kaufen, oder Geld auf ein Haus vorschießen, pflegen, wenn sie keine Kinder haben, einander auf die letzte Hand sich zu vermachen: von dieser Vermächtnisse unter

---

15) Matth. Clasen, erste Gründe des (sic) Kölnischen Schreinspraxis. (Köln 1782. 4.) §. 9. Anmerkg. — Diese Schrift ist eben so wichtig für die Beurtheilung der Auflassung in ihrer älteren Bedeutung, als es das Responsum von B. Carpzov (responsa jur. elect. lib. V. tit. 7. resp. 57.) für ihre Stellung im späteren gemeinen Rechte ist.

16) S. Clasen a. a. O. §. 7. Anmerkung.

17) a. a. O. §. 8.

Eheleuthen, weil sie sehr gewöhnlich ist, melden meistens die Statuten 18). Es stehet aber jedem, der in dem Schreine angeschrieben stehet, frey, wie und wem er wilt, zu vermachen, und darüber in oder ausser dem Schreine vor zween Schreinmeistern den Ausgang zu thun; jedoch so, daß in dem letzten Fall die Dispositio in dem nächsten Vierteljahre in das Schrein eingeschrieben werde, ohngeachtet der Disponent indessen verstorben sey. — —

Bevor also die Anschreibung der Vergabung geschieht, muß der Freigebige in oder außer dem Schreine vor zwei Schreinmeistern "den Ausgang thun"; dieser Ausdruck bezeichnet die Auflassung 19), und da nun die Schreinmeister zugleich Schöffen waren, so stellt sich dieselbe hier in gerichtlicher Form dar, wenn auch von der Oeffentlichkeit etwas verloren gegangen war. Das Beispiel, welches Clasen von einer Zuwendung zwischen Mann und Frau giebt, nimmt sich daher ganz aus wie eine alte Vergabung von Todes wegen mit vorbehaltener Dispositionsfreiheit 20).

---

18) Clasen stimmt demnach in der Erklärung des oben abgedruckten §. 9. des Stadtrechts mit uns überein.

19) a. a. O. §. 9.

20) a. a. O. §. 7. "Muster eines Vermächtnisse zwischen Mann und Frau. Zu wissen, daß H. und dessen Frau A. vor offenem Schrein erklärt und gewolt, daß der Letztlebende von ihnen beyden beschriebenes Haus haben, und behalten solle: vorbehalten freyen Handel und Wandel." — Dieß Beispiel bezieht sich nun freilich nicht genau auf den Fall, von welchem der Art. 9. des Stadtrechts handelt, indem es nur die Vergabung eines Immobile enthält; da sich aber hier das Gesammteigenthum der Form und Wirkung nach auf eine ähnliche Art bei einzelnen Liegenschaften darstellt, wie bei einem ganzen Vermögen, so kann man beide Fälle unter Berücksichtigung des Besonderen, zusammen fassen und aus einander erklären.

Es ist also so wenig in Köln, wie in Hamburg und Lübeck die Auflassung bei der Vergabung unter Ehegatten in die Schrift umgesetzt worden. Auf keinen Fall würde man aber, wenn man aus dem Uebergang der Auflassung in die Schrift etwas für die Form des Erbeinsetzungsvertrags folgern wollte, weiter kommen können, als daß man annähme, das genannte Geschäft werde erst durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher perfect; denn das ist die heutige Form der Auflassung. Damit wäre denn aber auch sogleich ausgesprochen, daß man noch das alte Geschäft der Vergabung mit seinen Wirkungen annähme, und nicht den heutigen Erbeinsetzungsvertrag, den die Juristen nicht auf die Auflassung, sondern auf den Vertrag gebaut haben [21]).

Der Erbeinsetzungsvertrag ist also von seiner Wurzel losgerissen, und hat seine eigene Geschichte; wollte man ihn aber noch an die alte Vergabung anlehnen, und daraus für seine Form Folgerungen ziehen, so hätte es noch mehr für sich, wenn man statt der Schrift die gerichtliche

---

21) Schon Zasius baute den Erbeinsetzungsvertrag ganz auf den Vertrag; wie wenig er aber noch geneigt ist, die Eintragung in Grund- und Flurbücher statt der Tradition gelten zu lassen, zeigt eine Aeusserung in den responsis et consiliis lib. I. cons. 1. in f. — si tertius contendat bona esse sua, per inscriptionem factam in catastrum seu extimum (vulgo Steurbuch) non probabis te dominum: et hoc jure nostro est indubitatum. Denn wenn jemand eingewilligt habe, daß seine Güter im Steuerbuch eingeschrieben würden auf den Namen eines andern, und dieser die Steuern davon zahle, so präjudicire das bloß demjenigen, welcher die Einwilligung gegeben, nicht dem Dritten. — Man sieht aus dieser Stelle, wie sehr unvollkommen die Einrichtung und Controlle solcher Grundbücher noch zur Zeit des Zasius gewesen sind, obgleich auch das römische Recht auf seine Ansicht eingewirkt haben mag.

Abfassung [22]) für ihn verlangte. Die Auflassung mußte im spätern Mittelalter ohne Ausnahme vor Gericht geschehn; selbst die Schrift, welche an ihre Stelle getreten ist, erhält nur durch die damit verbundene Gerichtlichkeit ihre Bedeutung, und selbst die Vergabungen, welche das spätere Recht an der fahrenden Habe gestattete, mußten regelmäßig vor Gericht vollzogen werden [23]). Für die Gerichtlichkeit des Erbeinsetzungsvertrags spricht ferner das gerichtliche Testament, welches im heutigen Recht eine so wichtige Rolle spielt, und die Form, welche allgemein für die Einkindschaft, und in manchen Partikularrechten [24]) für die Ehestiftung vorgeschrieben ist, während doch selbst nicht einmal für das letzte Geschäft die schriftliche Abfassung nach gemeinem Recht für nothwendig erachtet wird [25]). Auch würde die gerichtliche Abfassung des Erbeinsetzungsvertrags eine weit größere Garantie darbieten, als eine formlose Privaturkunde, welche Eichhorn für genügend hält; und doch scheint aus dem Schlusse der Note e. [26]) hervorzugehen, daß nicht bloß die Ueberzeugung von der rechtlichen Nothwendigkeit, sondern auch von der Zweckmäßigkeit der schriftlichen Form ihn veranlaßt hat, sie als die gemeinrechtliche

---

22) Ich habe hier die jurisdictio voluntaria im Auge, und brauche daher keine besondere Rücksicht auf die Länder zu nehmen, wo Justiz und Administration getrennt sind.

23) S. Theil I. S. 156. 214.

24) S. z. B. Codex Max. bavar. civ. Theil I. Cap. 6. §. 29. und Struben, rechtl. Bedenken I. Nu. 54.

25) J. Mynsinger, responsa jur. resp. 14. in f. — B. Carpzov, jurispr. for. P. II. C. 43. def. 8. — S. Stryk., U. M. lib. XXIII. tit. 4. §. 1. — de Leyser, med. ad pand. spec. 307. med. 3. — Struben, rechtl. Bedenken IV. Nu. 166.

26) Eichhorn, Einleitung u. s. w. §. 342. Note e.

zu verlangen [27]). Das preußische Landrecht [28]) hat daher die Form des gerichtlichen Testaments für die Erbverträge vorgeschrieben, und wenn auch das österreichische Gesetzbuch [29]) die schriftliche Abfassung derselben verlangt, so nimmt es doch alle Erfordernisse des schriftlichen Testaments hinzu, wodurch der Form alle mögliche Garantie gegeben wird. Außerdem aber wird von der österreichischen Doctrin die gerichtliche Abschließung dieser Geschäfte, obgleich das Gesetzbuch darüber schweigt, für gültig erklärt, da es den Parteien gesetzlich erlaubt sey, ihre Verträge gerichtlich zu schließen, und darüber ein Protokoll aufnehmen zu lassen, und auch die Analogie des Testaments für diese Form spreche, welche durch die Lage der Parteien auf dem Lande beinahe unentbehrlich gemacht werde [30]).

Fragt es sich nun um eine gesetzliche Bestimmung oder practische Anleitung für die Form, welche dem Erbeinsetzungsvertrage zu geben ist, so kann man eine doppelte als zweckmäßig vorschlagen: die schriftliche oder gerichtliche

---

27) Wenn Eichhorn übrigens a. a. O. sagt, nach der Meinung der meisten gelte ein Erbvertrag ohne alle Förmlichkeit, so ließe sich dieses wohl noch allgemeiner fassen; mir wenigstens ist außer Eichhorn keiner bekannt, der das geleugnet hätte.

28) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 621. Erbverträge müssen wie Testamente gerichtlich abgeschlossen, oder von beyden Theilen persönlich den Gerichten übergeben werden.

29) Oesterreichisches Gesetzbuch §. 1249. Zwischen Ehegatten kann auch ein Erbvertrag, wodurch der künftige Nachlaß oder ein Theil desselben versprochen, und das Versprechen angenommen wird, geschlossen werden. Zur Gültigkeit eines solchen Vertrages ist jedoch nothwendig, daß er schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testaments errichtet werde.

30) S. Winiwarter in Wagner's Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, Jahrg. 1825. Band 1. Nu. XXII. §. 3.

Abfassung desselben. Erstere kann dann ferner in einer öffentlichen Urkunde bestehen, oder nach Art des schriftlichen Testaments durch eine bestimmte Zahl förmlich rogirter Zeugen gesichert werden; die gerichtliche Form würde am besten in einer wirklichen Abschließung und Protokollation vor Gericht bestehen, denn das testamentum judici oblatum, welches eine andere Analogie abgäbe, bietet nicht dieselbe Garantie dar, und entspricht auch streng genommen nicht dem germanistischen Begriff eines gerichtlichen Geschäftes, nach welchem dieses immer im Gerichte selbst abgeschlossen werden muß [31]. Die bloß mündliche Errichtung vor Zeugen aber scheint bei einer Erbeseinsetzung, wodurch ein Rechtsverhältniß für die Dauer begründet werden soll, durchaus unpassend zu seyn. Zwischen den andern Formen könnte aber die Wahl gelassen werden: denn wenn auch für die Landleute und Personen in einer ähnlichen Lage die gerichtliche Abfassung solcher Geschäfte im Allgemeinen für zweckmäßiger gehalten werden muß, weil sie weniger kostspielig ist, und sich bei ihr, sollte auch die gerichtliche Confirmation nicht ausdrücklich vorgeschrieben seyn [32], doch eine gewisse Cognition und Einwirkung des Gerichts von selbst macht; so bietet doch auch die gehörig befestigte schriftliche Urkunde eine hinreichende Sicherheit für die besonnene Abschließung und den Beweis des Geschäftes [33]. Püt-

---

31) Vgl. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts §. 409.

32) Es ist gewiß gefährlich, den Beamten eine zu große Macht bei der Abschließung von bloßen Privatgeschäften zu geben; das führt, wie ich aus Erfahrung weiß, leicht zu Willkührlichkeiten und Erpressungen, wogegen die Berufung auf eine höhere Instanz nur ein sehr unvollkommenes Gegenmittel ist.

33) Der Codex Max. Bavar. civ. Th. III. Cap. 11. §. 1. Nu. 10. bestimmt: "Müssen selbe auf die nemliche Art, wie bereits oben

ter[34]), der übrigens den Erbeinsetzungsvertrag gemeinrechtlich für ganz formlos hält, ging daher wohl zu weit, wenn er rieth, daß ein Erbeinsetzungsvertrag, der schriftlich abgefaßt, von den Paciscenten und fünf unverwerflichen Zeugen eigenhändig unterschrieben und untersiegelt war, gerichtlich deponirt werde, es sey denn, daß er bloß für die sichere Aufbewahrung der Urkunde sorgen wollte.

§. 10.
Wirkungen des Erbeinsetzungsvertrags.

Das Erbrecht, welches durch einen Erbeinsetzungsvertrag begründet wird, richtet sich ganz nach den Regeln des gemeinen Rechts, indem es eine Universalsuccession in den Nachlaß eines Verstorbenen hervorruft. Die eigenthümlichen Erscheinungen, welche sich dennoch bei der vertragsmäßigen Erbfolge zeigen und beachtet werden wollen, sind

---

P. I, cap. 6. §. 29. Nu. 3. von Pactis dotalibus insonderheit versehen ist, schriftlich und respective Obrigkeitlich errichtet werden, und zwar sub Poena Nullitatis." — Ersteres gilt für die siegelmäßigen Personen, Letzteres für die anderen. Es ist jedoch nicht ganz klar aus der Fassung des Gesetzes, ob diese Bestimmung sich auf die pacta successoria simplicia oder mixta (eine allgemeine Eintheilung des bairischen Gesetzbuches) oder auf beide bezieht; nach der vorhergehenden Nu. 9., welche bloß von den pactis mixtis handelt, stehen diese unter den Grundsätzen über letztwillige Geschäfte; daher werden für sie, wenn das pactum nur extrajudicialiter gemacht ward, wenigstens fünf Zeugen erfordert, "jedoch ohne anderweiter äußerlicher Sollennität, mithin auch ohne Rogitu Testium vel Unitate Actus", — was gewiß unzweckmäßig ist. v. Kreittmayr im Commentar zu dieser Stelle bemerkt indessen sub Nu. 4., die schriftliche und resp. obrigkeitliche Errichtung eines solchen Pacti successorii werde jure germanico communi nicht gefordert, und nach diesem allgemeinen Gegensatz muß man wohl annehmen, daß in Baiern die Form der Ehestiftungen auch die der Erbeinsetzungsverträge ist.

34) J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle, Band III. Nu. 258.

also vorzugsweise aus der besondern Art ihrer Entstehung herzuleiten. Indem diese nämlich dem römischen Recht fremd war, ward durch sie nicht bloß die Zahl der Delationsgründe vermehrt, sondern außerdem noch manche Bestimmung, welche sich nur auf die echt römischen bezog, entweder in Zweifel gestellt oder ganz unanwendbar gemacht. Denn wenn auch der Vertrag so gut, wie eine letztwillige Verfügung nur die Beerbung zum Gegenstande haben kann, so wirkt doch immer die größere Gebundenheit, in welche sich der Erblasser durch ihn versetzt, vielfach auf das Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Vertragserben ein, während die Zeit vor dem Anfall der Erbschaft den Testamentserben nur so weit interessirt, als er dadurch später in seiner Eigenschaft als Repräsentant des Erblassers berührt wird. Außerdem aber sind manche Vorschriften des römischen Rechts über die nähere Bestimmung eines Successionsfalls so eigenthümlicher Art, und so sehr nur auf die den Römern bekannten Delationsgründe berechnet, daß es wenigstens manchmal ein großes Bedenken erregen kann, ob sie auch auf die vertragsmäßige Erbfolge angewandt werden können. Bei der Beantwortung solcher Fragen hat man denn aber nur zu oft Gelegenheit, die ungenügende Behandlung dieser Lehre in der Doctrin zu beklagen, so wohl was ihre innere Begründung als ihre Stellung zu verwandten Rechtsinstituten betrifft.

Bevor ich nun zur Erwägung des Einzelnen übergehe, ist es aber doch nöthig, den Satz, welcher so eben als ganz ausgemacht angenommen ward, daß nämlich der Erbeinsetzungsvertrag bloß einen Delationsgrund enthalte, noch einmal näher ins Auge zu fassen und zu prüfen. Darauf will ich nun keine Rücksicht nehmen, daß man früher das durch Vertrag bestellte Erbrecht ein jus anomalum und

singulare nannte, weil es dem allein als gemeines Recht anerkannten römischen Recht widerstand [1]); eine solche Bezeichnung, der frühern Theorie ganz angemessen, paßt jetzt nicht mehr, da alle über die gemeinrechtliche Natur der Erbverträge einig sind. Es ließe sich aber eine allgemeinere Bedenklichkeit erheben, indem man jene Auffassung des Erbeinsetzungsvertrags überhaupt für verfehlt hielte, und das Recht auf das Vermögen, welches den Nachlaß bilden soll, von einer unmittelbaren und sogleich nach Eingehung des Vertrags gegenwärtigen Wirksamkeit dächte, so daß der Eintritt der Succession nach dem Tode des Erblassers nicht als der Anfang des Erwerbes anzusehen wäre, sondern gewissermaaßen als das Ende der letzten Beschränkung des schon früher erworbenen Rechts. Es wird uns um so weniger überraschen, diese Ansicht vorzufinden, da oben (§. 6.) gezeigt worden ist, daß die deutschrechtliche Vergabung von Todes wegen, bei der ein sogleich wirksames dingliches Recht constituirt ward, durch die Vermittlung des Oldradus nicht ohne Einfluß auf die Bearbeitung der Lehre von den Erbverträgen in Deutschland geblieben ist. In der That finden sich Andeutungen von einer solchen Ansicht auch noch bei späteren Schriftstellern, welche doch schon den Vertrag direct auf das Erbrecht einwirken ließen, und nicht einmal mehr die Meinung des Hartmann Pistoris von einer obligatio in heredem collata berücksichtigten. S. Stryke [2]) namentlich, von so großer

1) S. S. Stryk. tract. de successione ab intestato. Diss. VIII. cap. 5. §. 24. und oben §. 6. Note 6. und 22.

2) a. a. O. Effectus pacti talis est, quod haec conventio jus reale hereditarium anomalum praesenti alteri in bonis alterius constituat, vi cujus jus succedendi recta sine traditione in eventum mortis transit. Quod jus reale et bona promittentis afficit, ita ut

Auctorität in unserer Lehre, nimmt ganz unzweifelhaft bei der Erbeinsetzung in Ehestiftungen eine solche unmittelbare Einwirkung des Vertrags auf das gegenwärtige Vermögen an, indem er durch denselben ein jus reale hereditarium sine traditione übergehen läßt, wodurch eine jede Veräußerung von Seiten des Erblassers verhindert werde. Der Zusammenhang zeigt also, daß das "reale" hier seine eigene Bedeutung hat, nicht etwa bloß das jus hereditarium näher bestimmen soll; woraus folgt, daß Stryke dem Vertragserben außer dem Erbrecht noch ein besonderes dingliches Recht beilegt, dessen eigenthümliche Natur aber wohl schwer zu bestimmen ist. Denn es setzt doch eine nicht geringe Verwirrung juristischer Begriffe voraus, wenn jemanden zur gleichen Zeit ein Erbrecht und soll ich sagen eine Art von Gesammteigenthum an demselben Vermögen zugesprochen wird, so daß er eigentlich dasjenige, was er durch die Succession zu erlangen hofft, schon hat und ausübt, oder umgekehrt die Succession statt ihm ein Erbrecht zu geben, nur die Beschränkung von einem besondern dinglichen Rechtsverhältnisse abnimmt. Eine solche Verwirrung konnte wohl in der Zeit vorkommen, als man anfing, die deutschrechtlichen Institute selbständig zu construiren; jetzt ist sie, wenigstens in diesem Grade nicht mehr zu fürchten. Wie sehr man sich jedoch davor hüten muß, einem Institute zu viel zuzumuthen, und eine Wirksamkeit von ihm zu verlangen, die es seiner Natur nach nicht haben kann, mag folgendes Beispiel zeigen, aus welchem sich auch glaube ich recht deutlich herausstellt, was mit einer unorganischen Vermischung verschiedener Rechtsinsti-

---

alienationem eorum impediat. cf. de Berger, oeconomia juris lib. I. tit. 3. th. 11. — Aehnlich faßt Stryke die Erbverbrüderungen auf; s. a. a. O. cap. 7. §. 30.

tute am Ende ausgerichtet wird. Das österreichische Gesetzbuch [3]) gestattet, daß ein Erbeinsetzungsvertrag den öffentlichen Büchern einverleibt wird, was nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch des Gesetzbuchs so viel heißt, daß er mit einem öffentlichen Pfandrecht versehen werden kann. Dieß scheint aber dem Wesen des Geschäftes, welches auch in Oestreich nur ein Erbrecht giebt, nicht angemessen; denn wie will man einen Erben, welcher ja der Repräsentant des Verstorbenen ist, gegen diesen durch Pfandrechte schützen? Es lag also der Jurisprudenz ob, eine natürliche Erklärung der Vorschrift zu geben; und nun sehe man, wie sich kaum 15 Jahre nach der Erlassung des Gesetzbuchs die Meinungen hier gespalten haben [4])! Der eine, und zwar der berühmte Commentator des Gesetzbuchs, leitet aus der Vornahme jener Einverleibung die Wirkung ab, daß kein Verlassenschaftsgläubiger dem Erben einen Vorsprung abgewinnen könne; ein anderer folgt ihm, und nimmt an, daß durch jenen Act das durch den Erbvertrag erworbene persönliche Recht zu einem bedingt dinglichen werde, indem es erst nach dem Tode des Erblassers unbedingt erscheine; wieder ein anderer glaubt, daß dieß mit der Natur des Erbrechts in Widerspruch stehe, und setzt die Wirkung der Einverleibung darin, daß kein anderer Erbe zum Nachtheile des überlebenden Gatten (der Erbeinsetzungsvertrag kommt hier bekanntlich nur unter Ehegatten vor) in den Besitz der Erbschaft eindringen kann; Winiwarter endlich meint, daß das Gut, auf welches

---

3) Oesterreichisches Gesetzbuch §. 1252. Ein selbst den öffentlichen Büchern einverleibter Erbvertrag hindert den Ehegatten nicht, mit seinem Vermögen, so lange er lebt, nach Belieben zu schalten.

4) S. Winiwarter in Wagner's Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit. Jahrg. 1825. Nu. XXII. §. 5.

die Einverleibung geschehen, dem Vertragserben vorzüglich vorbehalten bleibe, und die Gläubiger und Miterben sich, so weit es geht, aus der übrigen Verlassenschaft befriedigen sollen.

Um wieder zu dem gemeinen Recht zurückzukehren, so hat schon Pätz [5]) jene noch von Stryke vertheidigte Ansicht verlassen, und ein Successionsrecht als Gegenstand des universellen Erbvertrags bezeichnet; doch warnt auch er noch davor, daß man sich hier bloß damit begnüge, den Vertragserben als Universalsuccessor im Sinne des gemeinen Rechts hinzustellen, ohne die Eigenthümlichkeit des deutschen Instituts zu beachten. Sieht man aber nach, was Pätz unter dieser Eigenthümlichkeit versteht, so ist es einmal die Gebundenheit des Erblassers aus dem Vertrage, welche ihn an späteren Veräußerungen von Todes wegen verhindern soll, — eine Beschränkung, die jener Schriftsteller sogar in die Definition das Geschäftes aufgenommen hat [6]). Die zweite Folge aus der besonderen Natur des deutschen Instituts soll aber darin bestehen, daß das durch den Vertrag erworbene Recht auf den Erben des Vertragserben übergeht, falls dieser vor dem Erblasser gestorben ist. Ob nun die beiden genannten Wirkungen bei dem Erbeinsetzungsvertrage mit Grund anzunehmen sind, soll später weitläuftiger untersucht werden; hier bemerke ich nur, daß

---

5) C. W. Paetz, commentatio successione universali etc. Sect. I. §. 9. 10.

6) l. c. §. 10. Id mihi esse videtur pactum successionis futurae universale, quo alicui successio in omnia, quae tempore mortis alterius paciscentis aderunt, bona, cujuscunque generis sint, ita promittuntur, ut hoc ipsum jus successionis ex pacto alteri competens nullo modo ipsi possit adimi, h. e. ut nec testamento nec pacto secundo de re singula sive de bonorum universitate mortis causa queat disponi.

die Entscheidung darüber nicht aus der Beschaffenheit des Rechts, welches durch den Vertrag entsteht, hergeleitet werden kann: denn dieses soll ja eben erst näher nachgewiesen werden; daß vielmehr die allgemeine rechtliche Natur des Vertrags und seine besondere Stellung in dieser Lehre die bestimmende Norm hergeben müssen. Daher kann man durch den Vertrag ein Erbrecht ganz im Sinne des gemeinen Rechts begründen lassen, ohne daß man deswegen genöthigt wäre, für den Erbeinsetzungsvertrag alle Regeln, welche für die römischen Delationsgründe gelten, in Anwendung zu bringen. Ist es doch auch bei diesen für die Stellung des Erben von Einfluß, ob er es aus einem Testament oder nach dem Gesetze geworden ist; das Recht selbst bleibt aber doch im Allgemeinen dasselbe.

Was nun die heutige Jurisprudenz betrifft, so kann es für allgemein angenommen gelten, daß der Erbeinsetzungsvertrag nur als ein Delationsgrund des Erbrechts angesehen wird; und wenn diese Auffassung auch nicht immer streng durchgeführt seyn sollte, so sind das doch nur Einzelnheiten, für deren Erwägung sich schon später der angemessene Ort finden wird. Auch die neueren Gesetzgebungen haben dem Erbeinsetzungsvertrage dieselbe Stellung angewiesen[7]), und die französische Jurisprudenz[8]) stimmt damit ganz überein. — Wie natürlich diese Auffassung ist, und zu welchen Resultaten es führt, wenn man das Recht des Vertragserben weiter faßt, ergiebt sich namentlich dann recht deutlich, wenn man sich die Frage vorlegt, ob der Vertragserbe denn schon bei Lebzeiten des Erblassers

---

7) Preuß. A. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 1. 2. 617. — Oesterr. Gesetzbuch §. 533.

8) Merlin, répert. de jurispr. s. v. institution contr. §. 10.

über sein Recht verfügen darf. Wer möchte wohl annehmen, daß er es frei veräußern, übertragen, cediren kann? oder wenn man es von einer andern Seite nimmt, daß er etwa wieder seinen Nachfolger in das vertragsmäßig ihm zugesicherte Erbrecht ernennen darf! Vor solchen Consequenzen dürften denn aber die Anhänger der von uns verworfenen Ansicht nicht zurückschrecken; und keiner hat sie doch zu ziehen gewagt!

Indem ich mich nun anschicke, auf die Wirkungen des Erbeinsetzungsvertrags näher einzugehen, und seine ganze innere Beschaffenheit gleichsam artikelweise zu behandeln; so darf ich, um zunächst Rechenschaft über das dabei beobachtete Verfahren zu geben, unbedenklich auf die allgemeinen Grundsätze hinweisen, welche über die Delation einer Erbschaft und die Natur der Verträge gelten; diese sowohl im Allgemeinen aufgefaßt als auch in ihrer besonderen Beziehung zu einander bieten für diese Untersuchung die ergiebigste Quelle wohlbegründeter Rechtssätze. Aber ganz ausreichen wird sie doch nicht, weil immer, wenn sich aus einzelnen Bestandtheilen ein neues Institut bildet, dieses auch wieder seine ganz besonderen Anforderungen macht, für welche man sich nach einer eigenen Norm umsehen muß. Da wird man denn nicht selten gezwungen, auf die testamentarische Erbfolge hinzusehen, nicht bloß um ihr Verhältniß zur vertragsmäßigen festzusetzen, sondern auch um für diese durch Anwendung der Analogie angemessene Rechtssätze zu erlangen. Bei diesem Verfahren ist denn freilich die größte Vorsicht nöthig, und namentlich Alles zu entfernen, was der Natur des Vertrags widerstrebt, so wie die bloß singulären Bestimmungen des römischen Rechts, welche auf die besondere Beschaffenheit des Testaments berechnet sind, unberücksichtigt bleiben müssen. Die-

jenigen Vorschriften und Rechtsgrundsätze hingegen, welche einen allgemeineren Charakter haben, und nur deswegen ausschließlich für das Testament erlassen sind, weil dieses das einzige Geschäft war, in welchem die Römer eine directe Erbeseinsetzung bestellen ließen, — diese Vorschriften, sage ich, verdienen eine aufmerksame Betrachtung, und können für die juristische Construction des Erbeinsetzungsvertrags von der größten Wichtigkeit seyn. Ja unter Umständen würde ihre Vernachlässigung geradezu die Durchführung allgemeiner Rechtsgrundsätze unmöglich machen; wenn man z. B. die Berücksichtigung des Notherbrechts in Erbverträgen ganz außer Acht ließe. — Ich habe mich nun bemüht, in den folgenden Ausführungen die wichtigsten Rechtsfragen, welche bei dem Erbeinsetzungsvertrage vorkommen können, möglichst vollständig anzugeben und befriedigend zu lösen; wenn ich dabei auch einige Punkte nicht gehörig hervorgehoben oder erledigt habe, so hoffe ich doch, daß man im Allgemeinen das Bestreben nach Consequenz und Genauigkeit nicht vermissen wird.

I. Fähigkeit der Contrahenten. Einen Erbeinsetzungsvertrag kann im Allgemeinen jeder eingehen, der über sein Vermögen gültig verfügen darf. Das ist aber noch im Einzelnen sowohl in Beziehung auf den künftigen Erblasser, als auch auf den Vertragserben, welche wir als den Promittenten und Acceptanten bezeichnen wollen, zu untersuchen.

1. Für den Promittenten stellt sich die obige Regel so heraus, daß er befugt seyn muß, einen Vertrag abzuschließen und durch Erbeseinsetzung über seinen Nachlaß gültig zu verfügen [9]). Hier sind aber noch einige beson=

---

9) Vgl. preuß. A. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 618.

dere Fragen in Betracht zu ziehen. Berechtigt die Testamentsmündigkeit, wo sie vor der gewöhnlichen Mündigkeit eintritt, auch zur Abschließung von Erbeinsetzungsverträgen? Diese Frage muß verneint werden, da man durch ein solches Geschäft über seine Beerbung unwiderruflich verfügt, und dabei also einer größeren Besonnenheit und Ueberlegung bedarf, als bei der Errichtung eines Testaments, welches ganz in der Hand des Testators liegt. — Kann ein Haussohn über sein peculium adventitium einen Erbeinsetzungsvertrag eingehen? Dafür scheint das Princip zu sprechen, daß jetzt alle Verträge, welche nicht gegen die Gesetze und gute Sitten verstoßen, gültig sind; und Eichhorn[10]) unter Andern ist auch geneigt, die Frage zu bejahen. Da jedoch das römische Verbot der Testamentserrichtung für diesen Fall noch besteht, und zwar des Inhalts (der Erbeseinsetzung) nicht der Form wegen; so ist es wohl richtiger, auch den Vertrag hier für unstatthaft zu erklären, damit durch dessen Anwendung nicht ein Rechtsgrundsatz, der mit dem römischen Recht angenommen ist, umgangen werde. Freilich kann darin eine gewisse Härte liegen, worauf namentlich Merlin[11]) hinweist; allein sie wird doch dadurch bedeutend gemildert, daß in ganz Deutschland nicht bloß die Ehe, sondern auch der getrennte Haushalt von der väterlichen Gewalt befreit. Unbeschadet des Princips kann man aber zugeben, daß der Haussohn einen Erbeinsetzungsvertrag mit Zustimmung des Vaters über jede Art der Güter schließen kann; denn obgleich die Natur des Testaments einen solchen Ausweg in Rom nicht zuließ, so steht doch dessen Benutzung für den Erbvertrag

---

10) Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 343.

11) Merlin, a. a. O. §. 4. Nu. VI.

nichts entgegen, da hier eben derjenige seine Zustimmung giebt, in dessen Interesse hauptsächlich das römische Verbot gegeben war.

2. Was den Acceptanten betrifft, so muß er einen rechtsgültigen Vertrag abschließen können, und außerdem successionsfähig seyn. Daß hier diejenigen Gründe, welche jemanden allgemein von jeder Erbfolge ausschließen, zur Anwendung kommen müssen, leidet keinen Zweifel; ist aber der Vertragserbe in den Fällen, in welchen die Succession aus einem Testamente gar nicht oder nur beschränkt gestattet ist [12]), nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen? Auch dieß muß man annehmen, weil sich sonst durch den Erbvertrag die Umgehung von prohibitorischen Bestimmungen des gemeinen Rechts in fraudem legis bewirken ließe. Doch schadet auch hier die Unfähigkeit von der Errichtung des Vertrags an bis zur Zeit des Anfalls dem Erben so wenig, wie bei dem Testamente; denn in beiden Fällen kommt es nur auf den Zeitpunkt an, wo das Erbrecht begründet wird, und auf den, wo es in Wirksamkeit treten soll. Aber der Testator kann, wenn er den Erben unfähig weiß, einen andern ernennen, da der Widerruf ihm stets frei gegeben ist; soll nun der Promittent aus dem Erbvertrage in diesem Fall immer noch gebunden bleiben? Ganz frei wird er nicht, aber es steht in seiner Macht, einen andern Erben zu instituiren auf die Bedingung hin, daß der Vertragserbe es nicht werden kann.

II. **Unwiderruflichkeit des Erbeinsetzungsvertrags.** Es liegt so sehr im Wesen des Vertrags, den einseitigen Widerruf auszuschließen, daß keiner mehr daran denkt, für das hier behandelte Geschäft etwas anderes an-

---

12) S. Mühlenbruch, doctrina pand. III. §. 462.

zunehmen. Auch ist es einerlei, ob man durch eine neue Erbeseinsetzung von dem Vertrage abgehn will, oder ob die Aufhebung desselben bloß den Intestaterben zu Gute kommen soll; in beiden Fällen wäre ein solches Benehmen rechtswidrig und unwirksam. Beschränkungen dieser Regel für die s. g. pacta dotalia mixta werden unten (§. 14.), so weit es nöthig scheint, zur Sprache kommen, und die Frage, ob nicht aus besondern Gründen, z. B. wegen grober Undankbarkeit, ein Widerruf des Erbeinsetzungsvertrags zu gestatten ist, wird am besten da erörtert werden, wo im Allgemeinen über die Aufhebung dieses Geschäftes gehandelt wird (§. 11.).

III. Freie Verfügung des Promittenten während seines Lebens. Die Unwiderruflichkeit des Erbeinsetzungsvertrags, welche so eben festgestellt worden ist, bezieht sich aber nur auf den unmittelbaren Gegenstand desselben; hingegen liegt darin durchaus keine Beschränkung des Promittenten in seiner allgemeinen Dispositionsfähigkeit. Wer durch Vertrag zum Erben gemacht worden ist, der soll es auch bleiben, und kann verlangen, daß nichts geschehe, was diesem seinem Rechte widerstreitet; aber als Erbe wird er doch auch nur Nachfolger in den Nachlaß, soweit er der Universalsuccession unterworfen ist: eine unmittelbare Einwirkung auf das Vermögen kann er daher erst nach dem Tode des Erblassers für sich in Anspruch nehmen; bis dahin bleibt dieser der Herr desselben. An der Richtigkeit dieser Sätze, die schon aus der consequenten Anwendung der Begriffe folgen, läßt sich nun auch wohl um so weniger zweifeln, weil man, wenn man sie nicht anerkennte, zu einem ganz andern Institute, als zu einer vertragsmäßigen Erbeseinsetzung kommen, und eine so maaßlose Beschränkung des Promittenten hervorrufen

würde, daß unter gewöhnlichen Umständen niemand sich zu einem solchen Geschäfte entschließen möchte. Auch sind die neueren Gesetze und die gemeine Meinung der Juristen mit uns einverstanden; namentlich ist die Sache im sächsischen Rechte [13]), im preußischen Landrechte [14]) und im österreichischen Gesetzbuche [15]) auf die angegebene Art entschieden.

---

13) Chursächsische Decision von 1746. Nu. XIII. „Wenn durch eine Ehestiftung, so in vim pacti errichtet, oder andere Pacta jemand seinem Ehegatten oder einem andern, sein Vermögen auf den Todesfall zuzuwenden, sich verbunden, kann er dem zuwider ein Testament oder letzten Willen oder auch Donationem mortis causa nicht aufrichten, noch darinnen von solchem Pacto wieder abgehen. Hingegen ist ihm unbenommen, noch bei Lebenszeit über sein Vermögen, insoweit er dessen sonst befugt, *inter vivos* zu disponiren, auch insonderheit unbewegliche Güter zu veräußern oder zu verpfänden, es wäre denn, daß er sich dessen ausdrücklich begeben, und so viel die unbeweglichen Güter betrifft, das Pactum bey denen Gerichten, wohin die unbeweglichen Grundstücken gehören, confirmiren, auch den Inhalt desselben in die Gerichts- und Consens-Bücher eintragen und annotiren; bey Capitalien und aussenstehenden Forderungen aber dem Debitori davon gerichtliche Notification thun lassen, inmaaßen außer obigem Fall, insgleichen wegen des übrigen Vermögens die Pacta dotalia und successoria, ob auch gleich die würkliche Prästation auf den Todesfall ausgesetzt worden wäre, die freye Disposition inter vivos nochmals nicht hindern, sondern dergleichen Versprechen nur von dem Vermögen, so nach dem Todesfall vorhanden seyn möchte, verstanden werden sollen." Daß wir die besonderen Vorschriften, durch welche der Gesetzgeber dem Erbvertrage eine größere Sicherheit, als in seinem eigentlichen Ziele liegt, unter Umständen hat verschaffen wollen, nicht billigen, wird man leicht aus dem entnehmen, was zu Anfang des §. über eine ähnliche Bestimmung des österreichischen Gesetzbuchs ist beigebracht worden.

14) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 624. Durch bloße Erbverträge wird die Befugniß der Contrahenten, über ihr Vermögen unter Lebendigen zu verfügen, nicht eingeschränkt.

15) Oesterr. Gesetzbuch §. 1252.; s. oben Note 3.

Wenn daher der Promittent sein Vermögen auch auf eine Art verwaltet, die dem künftigen Vertragserben nicht eben lieb ist, so kann dieser ihm doch nicht hemmend in den Weg treten, und wenn er also auch z. B. fürchten muß, daß gewagte kaufmännische Speculationen jenen zu Grunde richten, so steht ihm kein Mittel zu Gebote, den Nachlaß vor dem vielleicht mißleiteten Unternehmungsgeist des gegenwärtigen Herrn zu sichern. Ebenso wenig kann er Veräußerungen von Immobilien, die ihm vielleicht sehr unangenehm sind, hindern; denn er hat noch gar keinen gegenwärtigen Anspruch auf sie, indem sie ihn nur so weit interessiren, als sie später ein Gegenstand seines Erbrechts werden können. Bedenklicher steht es aber um die Freigebigkeiten des Promittenten, namentlich also um die Schenkungen, welche er nach Abschluß des Erbvertrags machte. Wenn man diese für gültig erklärt, so wird die Einwendung nicht fehlen, welche wir schon oben bei dem testamentum per aes et libram kennen gelernt haben [16]), daß dadurch wieder indirect der Widerruf des Geschäftes in seine Hand gelegt sey, indem es ihm möglich werde, durch successive Zuwendungen das Vermögen zu erschöpfen, und so dem Erfolg nach das Recht der Erben ganz zu verkümmern. Aber selbst die ganz unbeschränkte Befugniß, Schenkungen zu machen, kann man doch noch lange nicht dem freien Widerruf gleichsetzen, weil es etwas ganz anderes ist, ob man eine gesetzliche Befugniß auf geradem Wege und in einem Acte ausübt, wie das z. B. bei der Aufhebung eines Testaments geschieht, oder ob man auf

16) S. oben §. 3. Note 19. — Schon Carpzov, jurispr. for. P. II. C. 12. def. 26. hat bei der donatio omnium bonorum derselben Besorgniß Raum gegeben.

Umwegen und nach und nach ein eingegangenes Rechtsverhältniß zu untergraben sucht, und ein im Allgemeinen freilich erlaubtes Geschäft in dieser besonderen Anwendung zur Erreichung eines unrechtlichen Zieles benutzt. Der gewissenhafte und gerechte Mann wird doch Bedenken tragen, auf eine solche Weise einen wenn auch wohlbegründeten Wunsch durchzusetzen. Außerdem muß man aber fest halten, daß das Geschäft, welches einer vertragsmäßigen Erbeseinsetzung zum Grunde liegt, der Vertrag ist, dessen innerste Natur jetzt allgemein die Berücksichtigung der bona fides verlangt [17]). Nichts ist aber doch so sehr dem guten Glauben zuwider, als die Handlungsweise eines Contrahenten, wodurch er dem ursprünglichen Zweck des Geschäftes, dem id, quod actum est, entgegen tritt, und wenn auch indirect den beabsichtigten Erfolg einseitig aufhebt. Daraus folgt, daß der im Vertrage eingesetzte Erbe jede Verfügung des Erblassers anfechten kann oder nicht anzuerkennen braucht, welche darauf ausging, ihn in dem eingeräumten Rechte zu beeinträchtigen: denn das wäre dolus. Jede Verfügung also, bei der der Erblasser in dolo war, und namentlich jede Schenkung, die hauptsächlich in der Absicht geschah, dem Vertragserben einen Vortheil zu entziehen, wenn auch nebenbei der Beschenkte dadurch begünstigt werden sollte, — ist unstatthaft und widerrechtlich. Wann aber ein solcher dolus vorliege, muß im einzelnen Fall nach den Umständen entschieden werden. Die Schenkung des ganzen Vermögens ist unbedingt zu verwerfen, denn hier zeigt sich ein fast directer Angriff auf das Recht des Vertragserben; in andern Fällen wird man auf den Zustand des Vermögens zur Zeit der Schenkung, auf das

17) Vgl. Thibaut, System des Pandekten-Rechts. §. 455. Note h. 8. Ausg.

Verhältniß zwischen Schenker und Beschenktem, auf die successive Wiederholung solcher Freigebigkeiten, auf das Bemühen, sie etwa zu verheimlichen oder zu verstecken u. dgl. zu sehen haben. Aus solchen Indicien ist der Beweis des Dolus herzustellen, der freilich regelmäßig den Vertragserben trifft, weil er ein an sich gültiges Geschäft anzufechten hat; auch sehe ich nicht ein, weswegen die französischen Juristen dann eine Arglist präsumiren, wenn ein Miterbe durch die Zuwendung begünstigt worden ist [18].

Wenn man nun aber auch die freie Verfügung des Erblassers während seines Lebens als die Regel hinstellt, so kommt hier doch noch die sehr wichtige Frage zur Entscheidung, ob das sich bloß auf Geschäfte unter Lebenden, oder auch auf solche bezieht, die von Todes wegen eingegangen sind. Mit eigentlichen Vermächtnissen haben wir es hier nicht zu thun, weil diese nur als Theil des Erbvertrags bestehen können, den Vertragserben also, falls er sie nicht übernommen hat, auch nicht bedrohen. Aber die donatio mortis causa erfordert eine besondere Betrachtung. Geht man dabei nun, wie es sich gebührt, von allgemeinen Principien aus, um aus ihnen in consequenter Deduction ein gesichertes Resultat zu entwickeln, so wird es sich herausstellen, daß für das genannte Geschäft keine andere Beschränkungen aufgestellt werden können, als für die Schenkung unter Lebenden. Der Erbvertrag nämlich geht, wie wir früher gesehen haben [19], nicht auf den Nachlaß, sondern auf die Beerbung, d. h. er hat den Nachlaß nur in soweit zu seinem Gegenstande, als dieser vom Erbrecht ergriffen wird. Nun zeigt sich das Wesen

---

18) S. Merlin, répert. s. v. institution contr. §. 8. Nu. X.

19) S. oben S. 19. 24 ff.

der m. c. donatio im Gegensatze zum Vermächtniß gerade darin, daß sie unabhängig von der Beerbung aus dem Nachlaß heraus geht [20]); es liegt also in einer solchen Zuwendung kein directer Angriff gegen das vertragsmäßig bestellte Erbrecht, und sie kann daher auch nur dann für unstatthaft gehalten werden, wenn eine Beeinträchtigung des Vertragserben durch sie bewirkt werden sollte. Nothwendig liegt das aber nicht darin, da noch andere Gründe gedacht werden können, weswegen gerade dieses Geschäft vom Erblasser gewählt worden ist; jemand kann z. B., obgleich er schon einen Vertragserben hat, einem Dritten eine Liberalität zuwenden wollen, wünscht aber, vielleicht um einen bestimmten Einfluß über ihn zu behalten, den Widerruf so lange als möglich in seiner Hand zu behalten. Das läßt sich jedoch nicht leugnen, daß gerade bei der m. c. donatio, wo der Erblasser nur dem Erben und nicht sich selbst den Vortheil entzieht, leichter eine vertragswidrige Absicht sich herausstellen wird, als bei einer andern Schenkung [21]); nur darf man wiederum auf der andern Seite nicht übersehen, daß sich regelmäßig derselbe Effect auch durch ein negotium inter vivos wird erreichen lassen.

Das Resultat dieser Untersuchung wäre also, daß die Schenkung unter Lebenden und auf den Todesfall in Beziehung auf den Erbeinsetzungsvertrag unter demselben Gesichtspunkt zu betrachten sind, so daß man, wenn man die eine zuläßt, sich auch der andern nicht erwehren kann, daß ferner die den Vertrag schützenden Beschränkungen,

---

20) Vgl. Hasse im rhein. Museum für Jurispr. II. 3. S. 347.

21) Einen weitern Einfluß möchte ich der bekannten Beschreibung der m. c. donatio in L. 1. pr. D. de m. c. donationibus nicht beilegen, zumal da sie nur erklärend ist, und auf den juristischen Charakter des Geschäftes nicht eingeht.

welche hier eintreten können, im Allgemeinen aus derselben Quelle fließen und dasselbe Maaß haben. Darin stimmt denn auch die französische Jurisprudenz mit uns überein. Es ward freilich gestritten, ob dem Erblasser überhaupt Freigebigkeiten gestattet seyn sollten; aber wenn man sie überhaupt für zulässig hielt, und Merlin entscheidet sich dafür als für die maxime constante, so ward kein Unterschied gemacht, ob die Schenkung unter Lebenden oder auf den Todesfall eingegangen war, und nur der Dolus entfernt gehalten [22].

Ganz anders stellt sich aber die Sache in der Doctrin und den Statuten Deutschlands. Hommel [23] gestattet nur Veräußerungen unter Lebenden, jedoch nur im Gegensatz zur verhinderten Testirfreiheit, und ohne die m. c. donatio ausdrücklich auszuschließen; Pätz [24] hat es aber sogar in die Definition des Erbeinsetzungsvertrags aufgenommen, daß der Erblasser nicht mehr mortis causa über sein Vermögen disponiren dürfe: ihm folgen Eichhorn [25] und Mittermaier [26]. Auch die Particulargesetze huldigen

---

22) S. Merlin, a. a. O. §. 8. Nu. IX. und X. — Die französische Gesetzgebung hat die Sache näher zu bestimmen gesucht; s. code civ. art. 1083. La donation dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques à titre de récompense ou autrement. — Es ist hier die donation des biens présents et à venir gemeint, die im Code den Erbeinsetzungsvertrag vertritt; ob übrigens die Summe modique ist oder nicht, wird sich doch wieder nach dem einzelnen Fall entscheiden.

23) C. F. Hommel, rhapsodia quaestionum, VI. 708.

24) S. oben Note 6.

25) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 344. Note e.

26) Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 403. Note 5.

dieser Ansicht: die chursächsische Decision von 1746 [27]) verbietet dem Erblasser ausdrücklich jede m. c. donatio, und das preußische Landrecht [28]) die letztwilligen Verfügungen gegen einen Erbvertrag, worunter das genannte Geschäft wohl mit gemeint ist; das österreichische Gesetzbuch enthält keine Bestimmung über diesen Punkt, sondern schließt nur den einseitigen Widerruf des Erblassers aus [29]). Kurz ich kann mich für die oben vertheidigte Ansicht fast auf keine einheimische Auctorität berufen; es wäre denn, daß ich Zachariä für mich hätte [30]). Diese Richtung der deutschen Jurisprudenz erklärt sich nun aus der früher üblichen Auffassung der Erbverträge, nach welcher man den Nachlaß und nicht die Beerbung zu ihrem Gegenstande machte; es bleibt aber doch die schwierige Frage, ob man sich an ihr als der communis opinio festhalten, oder der consequenten Deduction aus allgemeinen Principien nachgeben soll. Ich erkläre mich unbedenklich für das Letztere, und zwar deswegen, weil es sich hier nicht um das Anerkennen oder Verwerfen eines positiv festgestellten Instituts handelt, sondern um die freie Construction eines Geschäftes, welches gerade von einer entwickelnden Jurisprudenz ihre meisten Regeln hernehmen muß. Dazu kommt, daß die hier be-

27) S. oben Note 13.

28) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 627. Letztwillige Verordnungen finden gegen den Inhalt eines Erbvertrages nicht statt. Vgl. ebendas. §. 624.

29) Oesterr. Gesetzbuch. §. 1254.

30) Mir fehlt nämlich sein Lib. Quaest.; wenn er aber daselbst qu. XVII. auch noch nach Abschluß des Erbvertrags dem Erblasser Vermächtnisse über Theile seines Nachlasses gestattet (s. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar, Th. 38. S. 62. Note 44.), so wird er auch wohl Schenkungen von Todes wegen für zulässig halten.

sprochene Abweichung im engsten Zusammenhange steht mit jener Grundansicht über das Geschäft, so daß, wenn man es einmal auf die Beerbung bezieht, was doch wieder nothwendig ist, um ein gehaltvolles Rechtsinstitut herzustellen, — die donatio m. c. in ihrer Verbindung mit demselben so, wie es oben geschehen ist, aufgefaßt werden muß. Ich zweifle auch nicht im Geringsten, daß Hasse, wenn er zu dieser speciellen Frage gekommen wäre, sie auf dieselbe Weise beantwortet haben würde.

Um nun auch noch einige Worte über Rechtsmittel zu sagen, durch welche der Vertragserbe einer rechtswidrigen Verkürzung entgegen treten kann; so kommt es zunächst darauf an, ob er sie schon bei Lebzeiten des Erblassers soll anstellen können, oder erst nach seinem Tode. Ersteres wäre freilich weit das Sicherste, aber es liegt nicht in der Natur des Geschäfts, und kann daher nur aus ganz besonderen Gründen gestattet werden. Solche möchten jedoch jedenfalls dann verhanden seyn, wenn der Erblasser sich als ein offenbarer Verschwender zeigt, da dem Vertragserben wohl so gut wie einem andern Interessenten das Recht zustehen muß, auf eine Prodigalitätserklärung zu dringen [31]). Wie aber, wenn seine Handlungsweise nicht die eines Verschwenders ist, er aber doch dadurch seine Absicht zeigt, dem Vertragserben sein Recht aus dem Erbvertrage auf eine unerlaubte Weise zu entziehen? hat dieser dann sofort Rechtsmittel dagegen? Pätz [32]) schlägt als solche vor, daß er bei drohenden Veräußerungen Protestation oder eine appellatio extrajudicialis einlege, oder durch ein mandatum sine clausula die Veräußerung verbieten lasse, überhaupt

---

31) Vgl. preuß. A. L. R. a. a. O. §. 626. — Eichhorn, a. a. O. §. 344. Note g.

32) In der oft angeführten commentatio, Sect. I. §. 15.

solche Sicherheitsmaaßregeln ergreife, wie man sie wohl bei der ehelichen Gütergemeinschaft für begründet hält. Allein Päß hat hier wieder das alte Gesammteigenthum als Folge der Vergabung vor Augen, nicht aber den heutigen Erbeinsetzungsvertrag, welcher eben kein solches gegenwärtiges dingliches Recht, sondern nur ein Erbrecht giebt. Die angegebenen Mittel werden sich daher wohl nicht rechtlich begründen lassen. Das Einzige, was man etwa zugeben könnte, wäre wohl noch, dem Vertragserben zu gestatten, daß er bei dem Erblasser, namentlich aber bei demjenigen, welchen der Erblasser zum Gegenstand seiner widerrechtlichen Gunstbezeugung macht, Protestation einlege, um diesen von dem Stande der Sache in Kenntniß zu setzen, und sich für eine spätere Klage den Beweis des Dolus zu sichern. Fragt man nun weiter, welche Klage er denn nach dem Tode des Erblassers, wenn das Erbrecht wirksam geworden ist, habe, so würde man leicht fertig seyn, wenn aus dem Erbeinsetzungsvertrage eine Obligation entstände: dann wäre ihm die Contractsklage sicher. Hier aber entsteht ein Erbrecht, also die Erbschaftsklage, welche nicht gegen denjenigen angestellt werden kann, der das Erbrecht des Gegners nicht bestreitet oder wenigstens nicht pro possessore besitzt, — was in unserm Fall nicht nothwendig, auch wohl nicht das Gewöhnliche seyn wird. Die Analogie der querela inofficiosae donationis kann aber auch nicht angezogen werden, weil der Vertragserbe kein Notherbe, seine Verletzung keine Inofficiosität ist. Päß [33]) schlägt vor, die actio Faviana et Calvisiana utiliter zu geben, bedenkt aber nicht die ganz singuläre Stellung des Patrons bei diesen Klagen, welche gegen jede auch noch

33) Päß, a. a. O. §. 16.

so geringe Vermögensverminderung durch Veräußerung gingen [34]). Es ist aber überhaupt wohl kaum möglich, für ein so eigenthümliches Institut, wie der deutsche Erbvertrag ist, in allen seinen Beziehungen eine entsprechende römische Klage aufzufinden, und es ist das auch nicht nöthig, da man die selbständigere Stellung der actio aufgegeben hat, und die Klage mehr als unmittelbares Product aus den Rechtsverhältnissen heraus wachsen läßt. Am Nächsten käme man sonst wohl noch den Grundsätzen des römischen Rechts, wenn man dem Vertragserben gegen den klagenden Donatar die exceptio doli gäbe, als Klage aber nach Umständen eine actio doli oder in factum, letztere aber nur auf die Bereicherung.

Es ist nun freilich nicht zu leugnen, daß der Vertragserbe trotz dieser Sicherungsmaaßregeln doch mehr oder weniger von dem Wohlwollen und dem guten Glauben des Erblassers abhängig bleibt; allein das ist auch dem Wesen des Geschäftes gar nicht entgegen. Er soll, so weit der Vertrag dieß geben kann, ein gesichertes Erbrecht haben, und in seiner Erwartung durch directen oder indirecten Widerruf nicht getäuscht werden. Auf der andern Seite wäre es aber höchst unangemessen, dem Erblasser die freie Benutzung und Verwaltung seines Vermögens zu verkümmern, und selbst eine seinen Glücksumständen und seiner Sinnesart angemessene Freigebigkeit muß ihm gestattet seyn. Eine zu große Strenge wäre um so unpassender, da, wie wir im folgenden §. sehen werden, die Beerbung des Erblassers durch den Vertragserben doch regelmäßig von dem früheren Tode des Ersteren abhängt: wie verkehrt also, zum Schutze eines bloßen Hoffnungsrechtes denselben

34) S. W. Francke, das Recht der Notherben, S. 543. u. 544.

mit einer Reihe lästiger und kleinlicher Beschränkungen zu umstellen. Dieses Hoffnungsrecht bleibt dem Erben, und wird immer geschützt; der weitere Erfolg desselben aber nur in besonderen, durch das ganze Rechtsverhältniß bestimmten Fällen.

Bei dem wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrage kommen im Allgemeinen dieselben Grundsätze zur Anwendung; nur wird sich die Sache hier gewöhnlich einfacher stellen, indem beide Contrahenten ein ganz besonders wirksames Mittel gegen dolose Veräußerungen in Händen haben. Denn da es hier ungewiß ist, wer der Erbe seyn wird, so wird nicht leicht der eine den andern durch solche Angriffe gegen das eingeräumte Recht zu Repressalien reizen wollen; nimmt er die Handlungen aber heimlich oder verdeckt vor, so läßt sich schon, wie oben bemerkt worden ist, eher auf einen Dolus schließen.

IV. Bedingungen. Was die Bedingungen bei dem Erbeinsetzungsvertrage betrifft, so kann man zweifeln, ob hier die Grundsätze, welche für sie bei dem Testament, oder diejenigen, welche bei dem Vertrage gelten, zur Anwendung kommen: das österreichische Gesetzbuch[35]) hat sich für Letzteres entschieden, das preußische Landrecht[36]) aber für Ersteres. Sicherer geht man indessen wohl, wenn man das Eigenthümliche der bei dem Erbeinsetzungsvertrage zu beachtenden Verhältnisse genauer ins Auge faßt. In Be-

---

35) Oesterr. Gesetzbuch §. 1251. Was von Bedingungen bei Verträgen überhaupt gesagt worden ist, muß auch auf Erbverträge zwischen Ehegatten angewendet werden.

36) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 647. So weit Testamente wegen nicht eintreffender Bedingungen — — entkräftet oder vereitelt werden; so weit werden unter eben den Umständen auch Erbverträge rückgängig.

ziehung auf die Resolutivbedingung, der der dies ad quem gleich steht, ist nun zuerst zu bemerken, daß dessen Wegfallen bei dem Testament durchaus nicht mit der Form des Geschäftes zusammenhängt, sondern mit der Regel: semel heres semper heres, welche überhaupt für die Erbeseinsetzung, und also auch für die vertragsmäßige ihre Geltung hat. Dem Erwerb der Erbschaft steht nichts entgegen, aber die Bedingung kann wegen eines sie beherrschenden Princips nicht in Wirksamkeit kommen, so daß es also nicht darauf ankommt, ob der Vertrag oder die einseitige Verfügung sie aufgelegt hat [37]). — Für die moralisch unmögliche und die affirmative physisch unmögliche Bedingung hingegen möchte ich die Grundsätze der Vertragslehre auch bei dem Erbeinsetzungsvertrage eintreten lassen. Denn wer dazu beiträgt, durch seinen Consens ein Geschäft contra bonos mores zu machen, verdient nicht, aus demselben einen Vortheil zu ziehen; und wer vertragsmäßig eine unmögliche Bedingung übernimmt, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn das Geschäft dadurch für ihn verloren geht. Man kann hiergegen nicht einwenden, der Testamentserbe willige durch die Antretung auf gleiche Weise in die Bedingung ein: denn in diesem Fall gilt sie ja für nicht hinzugefügt, das Testament war also schon vor der Antretung davon gereinigt. Von der Resolutivbedingung kann man aber auch nicht auf das Wegfallen der physisch unmöglichen Suspensivbedingung schließen: denn jene verhinderte den Erwerb des Rechtes nicht, so daß dabei nur zur Frage kommt, ob der Vertragserbe

---

37) Auf die neuere Meinung über die Stellung der Resolutivbedingung im Testament, worüber man den Schriftenwechsel bei Mackeldey, Lehrbuch §. 653. Note 66. der 10. Ausgabe nachsehen kann, nehme ich hier keine Rücksicht; wer sich dafür entscheidet, wird auch bei dem Erbeinsetzungsvertrage zu demselben Resultate kommen.

eine Beschränkung übernehmen kann, die gegen das Wesen des Instituts angeht.

Schließlich ist noch zu untersuchen, wie sich die captatorische Bedingung für unser Geschäft stellt. Die wechselseitige Erbeseinsetzung ist hier etwas sehr Gewöhnliches; auch läßt sich nichts gegen einen unbedingten Erbvertrag einwenden, mit dem eine Vertragsberedung, so weit diese hier überhaupt möglich ist, auf die Wiedereinsetzung des Erblassers in Verbindung gebracht worden ist: Zweifel ist also bloß dann vorhanden, wenn der Acceptant sich nicht gleich über die Wiedereinsetzung erklären will, und der Promittent die Wirkung des Erbvertrags von seiner spätern Entschließung abhängig macht. Man sieht also, daß hier kein isolirtes Verhältniß vorliegt, wie es mit der captatorischen Bedingung im römischen Recht der Fall ist; sondern daß sie bei dem deutschen Geschäft im Zusammenhang mit andern nicht ungewöhnlichen Wendungen des Vertrags steht. Dazu kommt, daß die Furcht vor einem Betruge hier ganz wegfällt, da die erste Verfügung unwiderruflich ist, und daß der Entschluß, nur unter der Bedingung der Gegenseitigkeit jemanden zu seinem Erben anzunehmen, nicht nothwendig auf eine Erbschleicherei hinweist. Es läßt sich freilich nicht leugnen, daß die römische Auffassung in dieser Beziehung reiner und strenger war, als die des heutigen Rechts; aber das hängt mit der ganzen Lehre von dem Erbvertrage zusammen, nicht mit einer einzelnen Erscheinung in derselben. Nach Allem erscheint es richtiger, die römischen Bestimmungen über die captatorische Bedingung bei dem Erbeinsetzungsvertrage nicht anzuerkennen, womit über ihre jetzige Geltung für die Testamentslehre natürlich nichts entschieden ist.

V. Anfall und Erwerb der Erbschaft. Es ist

oben zu Anfang dieses §. weitläuftig davon gehandelt worden, ob durch den Erbeinsetzungsvertrag ein sogleich wirksames dingliches Recht, oder nur ein Erbrecht bestellt wird; wir haben uns für das Letztere entschieden, und in dem genannten Geschäfte nur einen neuen Delationsgrund erkannt. Dadurch ist auch eigentlich schon eine andere Frage beantwortet worden, nämlich ob der Vertragserbe sogleich nach dem Tode des Erblassers ohne Antretung Erbe wird. Denn im Allgemeinen wird durch die Delation einer Erbschaft nichts weiter erworben, als ein Recht auf die Antretung. Hiergegen kann man für unsern Fall jedoch von zwei Seiten Einwendungen erheben, indem man entweder die besondere Beschaffenheit des Geschäftes hervorhebt, und darin selbst nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts eine Abweichung von jener Regel findet; oder gar auf die Bestimmungen des älteren deutschen Rechtes zurückgeht, um diese auf den Erbeinsetzungsvertrag als ein echtgermanisches Institut anzuwenden. Allein diese letzte Auffassung, welche in der Uebertragung der Regel, daß die Gewere sogleich nach dem Tode des Erblassers auf den Erben übergeht ("der Todte erbt den Lebendigen"), bestehen würde, kann ich auf sich beruhen lassen, da ich in früheren Ausführungen bewiesen zu haben glaube, daß der heutige Erbeinsetzungsvertrag dem alten deutschen Recht ganz fremd gewesen ist, und sich erst unter dem Einfluß des gemeinen Rechts gebildet hat. — Was aber den ersten Einwurf betrifft, es handle sich hier um ein besonderes Geschäft mit ganz eigenthümlichen Wirkungen, — so kommt es darauf an, durch welche Gründe man dieß für unsern Fall zu beweisen sucht. Einige [38]) berufen sich dafür auf die Art

38) S. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 403. Note 15. — v. Weishaar, Handbuch des würtembergischen Privatrechts. Th. II. §. 863.

der Eingehung: in der Abschließung des Vertrags liege schon die nöthige Erklärung, so daß die Antretung gewissermaaßen anticipirt scheint. Allein betrachtet man den Erbeinsetzungsvertrag näher, so wird sich das kaum aus seiner Natur rechtfertigen lassen. Es liegt darin allerdings von Seiten des Acceptanten der Wunsch ausgesprochen, Erbe der andern Partei zu werden: das will aber nichts anderes sagen, als daß er den künftigen Erwerb der Erbschaft, nämlich in Folge des Anfalls in seine Hand bekommen will. Denn aus dem Vertrage eine Verpflichtung zur Antretung herzuleiten, wäre ganz gegen dessen Bestimmung, welche nicht darauf ausgeht, für den Erblasser einen Erben, sondern für den Erben eine Erbschaft zu bekommen; auch würde sich niemand darauf einlassen wollen, ein Geschäft abzuschließen, durch welches er, wegen seiner Haft für die Schulden unmäßig verletzt werden könnte. Das erkennt auch Mittermaier an, und gestattet dem Vertragserben sogar die Wohlthat des beneficium inventarii [39]). Nun sehe ich aber nicht ein, wie jemand, der schon bei der Erwerbung des Erbrechts sich über die Antretung der Erbschaft erklärt hat, dennoch nicht dazu verpflichtet seyn soll, ja sogar unter Beschränkungen antreten kann, über deren Zweckmäßigkeit erst nach dem Tode des Erblassers Gewißheit zu erlangen ist. Man ist also wohl genöthigt, anzunehmen, daß jene anticipirte Antretung oder die stillschweigende Erklärung nur so viel bedeuten soll, daß, falls der Vertragserbe nach der Delation sich nicht weiter erklärt, die Antretung zu präsumiren ist. Aber binnen welcher Frist muß denn diese Erklärung geschehen? und auf wessen Verlangen? Man kommt hier in die größten Verwicklungen, welche alle ver-

39) Mittermaier, a. a. O. Note 21.

mieden werden, wenn man bei der Regel bleibt: derjenige, dem eine Erbschaft deferirt ist, erwirbt sie erst durch die Antretung, welche auch für den Vertragserben unter den gewöhnlichen Grundsätzen steht.

Anders als Mittermaier faßt Eichhorn [40]) die Sache auf; nach ihm wird durch den Tod des Erblassers das Erbrecht des Vertragserben nicht erst erworben, sondern nur unbedingt; es wird daher, wenn der letztere nur jenen erlebt hat, stets auch auf dessen Erben transmittirt. Hier stehen wir nun wieder mitten in der Frage, welche zu Anfang des §. behandelt worden ist, ob nämlich der Vertragserbe bloß ein Erbrecht oder etwas Anderes aus dem Erbeinsetzungsvertrage erworben hat. Nach Eichhorn soll es ein Erbrecht seyn, und zwar ein solches, welches nur durch den Tod des Erblassers bedingt war. Darunter muß etwas Besonderes verstanden seyn; denn jedes Erbrecht kommt erst mit dem Tode des Erblassers zur rechten Wirksamkeit, und das des Vertragserben zeichnet sich nur dadurch aus, daß es ihm wider seinen Willen nicht genommen werden kann. In dieser Beziehung kann man aber auch nicht sagen, das Erbrecht werde durch den Tod des Testators unbedingt, oder, was dasselbe ist, sey durch denselben bedingt; denn das vertragsmäßige Erbrecht als solches ist unbedingt, wenn nicht der Vertrag unter einer Bedingung abgeschlossen war. Mir scheint, Eichhorn hat den Begriff des Erbrechts hier nicht ganz festgehalten, sondern verleitet durch ältere Schriftsteller, welche sich von fremdartigen Einmischungen nicht frei machten, in demselben ein Element angenommen, welches nicht darin liegt. Irre ich mich nicht, so hat Eichhorn für den Erbvertrag die Wirkung des Erb-

---

40) Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 344. Note *i*.

rechts als zum Wesen desselben gehörig genommen, und deswegen, freilich nur bedingter Weise, etwas auf den Anfang desselben übertragen, was eben sein Ende bezeichnet, insofern durch den wahren Eintritt der Beerbung seine Bestimmung erreicht wird. Gegen diese Ansicht spricht nun ganz entschieden eine Regel des gemeinen Rechts, welche durch die Lehre von den Erbverträgen keineswegs aufgehoben, und für die Auffassung des Erbeinsetzungsvertrags als eines bloßen Delationsgrundes schon wiederholt angerufen worden ist[41]), — ich meine die Regel: non datur hereditas viventis. Ich weiß wohl, daß für einige altgermanische Rechtsverhältnisse die consequente Durchführung derselben schwer ist; aber der Erbeinsetzungsvertrag bedroht sie nicht. Wenn nun dieser Grundsatz gilt, daß eine Erbschaft erst nach dem Tode des Testators existirt; so kann sie selbst auch vorher nicht erworben werden, sondern nur ein Recht auf ihren künftigen Erwerb. Dieses letztere wird nun freilich sogleich nach dem Tode des Testators wirksam; aber nur insofern, als es den zweiten Schritt möglich macht, nämlich Ausübung des Rechts, die Erbschaft zu erwerben, mit einem Worte: die Antretung derselben. Eben weil Eichhorn diese Unterscheidung nicht macht; spricht er auch wohl gar nicht von Delation und Antretung, sondern verlegt Alles (ich wenigstens verstehe ihn so) auf den Abschluß des Erbeinsetzungsvertrags selbst zurück, so daß das darin begründete Recht sogleich nach dem Tode des Erblassers von selbst in Wirksamkeit tritt. Lehnen wir nun diese Auffassung von uns ab, so fällt damit auch die Folgerung für die Transmission des Erbrechts, von der allerdings Eichhorn, falls man darunter den Uebergang des jus adeundi

41) Merlin, répert. l. c. §. 11. Nu. V. — Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glück's Commentar, Theil 38. S. 92.

auf die Erben versteht, kaum reden kann; die wir aber in ihrer gemeinrechtlichen Bedeutung anerkennen müssen [42]).

So viel von dem Allgemeinen dieser Frage; im Einzelnen sind noch folgende zwei Punkte zu beachten.

1. Daß der Vertragserbe regelmäßig nach der Antretung für alle Schulden des Erblassers haftet, folgt schon aus seiner Eigenschaft als Erbe; doch kann man ihm unbedenklich die Wohlthat des Inventars gestatten, da es ein ganz allgemeines Rechtsinstitut ist [43]). Damit stimmt auch das preußische Landrecht überein, indem es im Allgemeinen dem Vertragserben das Recht der Ausschlagung giebt, ihm zwar gestattet, im Erbvertrage ausdrücklich darauf zu verzichten, selbst in diesem Fall ihn aber nur unter dem Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars zur Antretung verpflichtet [44]).

2. Kann der Vertragserbe nach Ausschlagung der ihm aus dem Vertrage deferirten Erbschaft sich noch seines gesetzlichen Erbrechts bedienen? Das preußische Landrecht [45]) verneint dieß unbedingt; die französischen Juristen [46]) halten es hingegen nur dann für unzulässig, wenn jemand seinen einzigen Intestaterben unter irgend einer besonderen Bedingung zum Vertragserben gemacht hat. Dann liege,

---

42) Ich übergehe hier die Ansichten derer, welche die Frage über die Antretung des Vertragserben noch entschiedener, als Eichhorn, wenn auch von demselben Standpunkte aus beantwortet haben; namentlich halte ich mich nicht bei Gönner auf, dessen Leistungen in dieser Lehre Mühlenbruch (a. a. O. S. 85. Note 89.) noch viel zu milde beurtheilt hat.

43) S. Merlin, a. a. O. §. 11. Nu. II. — Mittermaier, a. a. O. §. 403. a. E.

44) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 641. 643 - 649.

45) a. a. O. §. 642.

46) S. Merlin, a. a. O. Nu. V.

wenn er nun doch nicht aus dem Vertrage, sondern als gesetzlicher Erbe succediren wolle, ein Dolus vor, weil er die Hand des Erblassers gebunden, und ihn von anderweitigen Verfügungen abgehalten habe. Sie berufen sich für diese Entscheidung auf das edictum: Si quis omissa causa testamenti; aber eben nach dem Geiste dieses Edicts haben sie die Sache zu eng gefaßt [47]). Wir können vielmehr die Regel aufstellen, daß wenn der Erbe die vertragsmäßige Erbschaft aus eigennütziger Absicht ausschlägt, um sie als gesetzlicher Erbe anzutreten, dieß nicht zu gestatten ist. Regelmäßig wird er es nämlich nur thun wollen, um sich dadurch von den vertragsmäßig übernommenen Vermächtnissen oder andern Prästationen zu befreien, also in derselben Lage seyn, wie das Edict den testamentarischen Erben gefaßt hat. Bedenkt man nun, wie sehr der Erblasser durch ein solches Verfahren in seinen Absichten getäuscht werden kann; so läßt sich die analoge Ausdehnung des Edicts auf unsern Fall wohl rechtfertigen. Denn es kommt hier noch die besondere Rücksicht hinzu, daß der Erbe selbst in die Veränderung seines Erbrechts einwilligte, was bei dem Testamente nicht der Fall ist. Auch hat, wie wir später bei dem vertragsmäßigen Erbrecht der Ehegatten sehen werden, die deutsche Jurisprudenz unsere Regel wenigstens in dieser Anwendung fast allgemein festgehalten. Nur wenn der Vertragserbe aus eigenem Interesse und nicht um die Absicht des Erblassers zu umgehen, z. B. weil der Erbvertrag angefochten werden kann, das gesetzliche Erbrecht aber klar ist, sich sogleich für dieses entscheidet, — wird wohl nichts dagegen einzuwenden seyn. Doch lassen sich allerdings auch Fälle denken, wo er einen Prozeß wagen muß.

---

47) S. T. D. Si quis omissa causa testamenti.

VI. Abzug der falcidischen und trebellianischen Quart. Dieser läßt sich für den Erbvertrag nicht vertheidigen; denn dem Vertragserben können Vermächtnisse und Restitutionen nur mit seiner Einwilligung aufgelegt werden: ist er dadurch mehr beschwert worden, als die Regel des römischen Rechts es für die testamentarische Succession gestattet, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, und kann auf eine Rechtswohlthat, die für ganz andere Verhältnisse gegeben ist, keinen Anspruch machen [48]). Zu groß ist die Härte, welche in der Verweigerung liegt, auch nicht, da wenn er sich auch über die Größe des Vermögens bei Eingehung des Erbvertrags getäuscht hat, er wegen solcher Zuwendungen doch nie über den Bestand der Erbmasse haftet. Sein Versprechen bindet ihn nicht weiter, wie es ja überhaupt auch nur dann von Wirkung ist, wenn er wirklich Erbe aus dem Vertrage wird. Eben deswegen aber kann eine zu große Belastung mit solchen Vermächtnissen den Vertragserben allerdings veranlassen, die Erbschaft auszuschlagen, wodurch denn die Bedachten Alles verlieren werden. Daher erscheint es passend, wenn die Parteien in einem solchen Fall den Mangel gesetzlicher Bestimmungen durch eine billige Uebereinkunft zu ersetzen suchen.

VII. Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Es läßt sich die Erwägung dieser Regel in Beziehung auf den Erbeinsetzungsvertrag nicht vermeiden, obgleich sie sich, wenn nicht alles täuscht, wohl kaum im geltenden Recht auf die Dauer erhalten wird; und in der That, wenn man bedenkt, daß ein Intestaterbe ohne Ver-

---

48) S. J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. tom. II. exerc. 31. De fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium. cap. 2. §. 11. Nu. 8. — A. F. Hebenstreit, vindiciae veri valoris pactorum successoriorum. cap. V. §. 60. Nu. 3.

änderung seiner rechtlichen Lage als Testamentserbe gerufen werden kann, während andere unter ganz anderen Bestimmungen instituirt sind, so ist nicht wohl einzusehen, weswegen die Concurrenz des gesetzlichen und testamentarischen Erben jetzt unmöglich seyn sollte. Dagegen muß man anerkennen, daß diejenigen, welche jene Regel noch als gemeines Recht vertheidigen, eine sehr günstige Stellung haben, weil sie, welches auch der ursprüngliche Grund gewesen seyn mag, ein in's innerste Mark des römischen Rechtssystems eingedrungenes Princip aufrecht halten wollen. Aber wenn man auch bloß auf die Zweckmäßigkeit sieht, so ist wohl Manches für jenen Grundsatz zu sagen, da auf jeden Fall durch eine solche Mischung der Succession leicht Verwirrung entsteht, und am Ende das wohlbedachte Testament Alles, was zu berücksichtigen ist, umfassen kann.

Uns interessirt die erwähnte Regel nur insofern, als es zur Frage gebracht werden muß, ob der Grundsatz, welcher in derselben ausgesprochen ist, auch auf den Erbeinsetzungsvertrag seine Anwendung findet, und also dessen Concurrenz mit der gesetzlichen und testamentarischen Erbfolge ausschließt oder nicht. Faßt man nun die Sache ganz im Allgemeinen auf, so wird sich wohl nicht leicht jemand finden, der die Geltung jener Regel in ihrem ganzen Umfange für die Erbverträge in Anspruch nehmen möchte, und selbst Huschke [49], der ihr doch im römischen Recht den Charakter der Nothwendigkeit zu gewinnen sucht, giebt sie für diese Lehre auf. Wenn ich hier nun dennoch auf die Frage näher eingehe, so geschieht es, weil aus der allgemeinen Entscheidung die Normen für die einzelnen Verhältnisse nicht so leicht und bestimmt hervorgehen, daß man

49) Huschke, im rhein. Museum für Jurispr. VI. 3. S. 367.

jene ihrer eigenen Wirkung überlassen könnte, und mit ihr auch zugleich die Folgerungen gesetzt wären. Denn es handelt sich hier von einem tief eingreifenden Princip, welches sich in den verschiedensten Beziehungen thätig zeigt.

Was nun zuerst die Concurrenz des Erbeinsetzungsvertrags mit dem Testamente betrifft, so kann man sich unbedenklich mit Mühlenbruch[50]), der übrigens die Geltung jenes Grundsatzes im heutigen Recht überhaupt in Abrede stellt, für deren Zulässigkeit erklären. Mühlenbruch beruft sich auf die Uebereinstimmung beider Geschäfte in ihrem letzten Zwecke, wodurch sie fast dieselbe Stellung zu einander bekommen, wie zwei verschiedene Testamente, aus denen eine directe Erbfolge deferirt wird, — ein Verhältniß, das er für möglich hält. Wenn dieß aber geschehen kann, um wie viel mehr muß man dann die Geltung des Erbeinsetzungsvertrags neben dem Testamente anerkennen. So schließt Mühlenbruch, und wir folgen um so ruhiger seiner Deduction, als sie ihrem Resultat nach die gemeine Meinung für sich hat. Wie steht es aber mit dem Verhältniß zwischen der vertragsmäßigen und gesetzlichen Erbfolge? Wäre jene Regel: Nemo pro parte etc. noch recht lebendig im Bewußtseyn unserer Juristen, und hegte man über ihre Anwendbarkeit und Geltung keine Zweifel; so würde man wohl aus der innern Aehnlichkeit des Testaments und des Erbeinsetzungsvertrags auch hier von jenem auf diesen einen Schluß machen können, so daß die vertragsmäßige Erbfolge eben so gut wie die testamentarische der gesetzlichen feindlich entgegenträte und sie ausschlösse. Aber auch diese Ansicht finde ich nirgends aus-

50) Fortsetzung von Glück's Pandectencommentar. Th. 38. S. 80-84. 339-349.

gesprochen, und sie konnte auch nicht wohl aufkommen bei der Ungunst, womit man jenen Grundsatz in unserer Jurisprudenz anzusehen pflegte. Es ist daher anzunehmen, daß die vertragsmäßige und gesetzliche Erbfolge neben einander bestehen können. Darf man nun aber auch noch weiter gehen, und sagen, alle drei Delationsgründe können neben einander Platz finden, wie das z. B. im österreichischen Gesetzbuch [51]) ausdrücklich ausgesprochen ist? Hier befinden wir uns nicht mehr allein auf dem Gebiete des Erbvertrags, sondern es treten auch die testamentarische und gesetzliche Erbfolge unter sich in Concurrenz; wenn nun der Erbvertrag sich mit beiden wohl vertragen kann, so bekämpfen sie sich gegenseitig, ohne daß man jenem die Rolle des Vermittlers zuweisen könnte. Weil dann aber das Testament siegt, und den übrigen Nachlaß an sich zieht, so müssen wir auch für den angeführten Fall die Regel aufstellen: Wenn über den Vermögenstheil, der nicht im Erbvertrage begriffen ist, auch das Testament nicht ganz verfügt hat, so accrescirt der Rest dem Testamentserben, und die Intestaterbfolge ist ausgeschlossen. — Wer aber jetzt den Satz: Nemo pro parte überhaupt nicht mehr für gültig hält, der muß allerdings zu einer Entscheidung kommen, wie sie im österreichischen Gesetzbuch ausgesprochen ist.

An diese allgemeine Erörterung reihen sich aber noch einige besondere Punkte zur Erörterung an.

1. Wie steht es mit dem Accrescenzrechte? Kann von mehren in einem Erbvertrage eingesetzten Erben der

---

51) Oesterr. Gesetzbuch. §. 534. Die erwähnten drey Arten des Erbrechts können auch neben einander bestehen, so daß einem Erben ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil aus dem letzten Willen, dem andern aus dem Vertrage, und einem dritten aus dem Gesetze gebührt.

eine dasselbe in Anspruch nehmen, wenn der andere weggefallen ist? oder tritt dann die gesetzliche Erbfolge ein? Ich sehe hier vorläufig von der Frage ab, ob die Erben des vor dem Erblasser verstorbenen Vertragserben an seine Stelle rücken [52]), so wie man bei dem Accrescenzrechte im römischen Recht von den Transmissions- und Substitutionsfällen absehen muß, und setze ganz bestimmt den Fall, A. und B. sind in einem Vertrage zu Erben des C. eingesetzt; B. fällt vor dem Erwerbe der Erbschaft weg, so daß A. nun als einziger Intestaterbe übrig bleibt. Wächst diesem nun die Erbportion des B. an, oder fällt sie an den Intestaterben des C? So ganz im Allgemeinen genommen, kann man wohl kein Bedenken haben, sich für das Letztere zu entscheiden; denn da der Vertrag den eingesetzten Erben nur eine Quote zugedacht hat, so läßt sich nicht wohl einsehen, was für ein Grund hier bestehen sollte, die vacante Portion mit Uebergehung der Intestaterben dem übrig gebliebenen Vertragserben zuzuwenden. Es fehlt ja eben der Grund, welchen das römische Recht für das Accrescenzrecht mehrer Testamentserben hat, nämlich die Anwendbarkeit der Regel: Nemo pro parte. Das gesetzliche Erbrecht wird freilich durch den Erbvertrag beschränkt, aber auch nicht weiter, als nothwendig in dem Geschäft liegt; und wenn es auch eine Zeitlang ganz ausgeschlossen schien, so kann es durch das Wegfallen des Hindernisses doch wieder zur Wirksamkeit gelangen.

Dem Resultat nach stimmt nun auch v. Kreittmayr [53]) mit uns überein, indem er das Accrescenzrecht nur zuläßt

---

52) Unter diesem Gesichtspunkte beurtheilt J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. tom. II. exerc. 31. cap. 2. §. 11. Nu. 7. die Frage.

53) v. Kreittmayr, Anmerkungen über den cod. Max. bav. civ. Th. III. Cap. 11. §. 1. Nu. 6.

bei den s. g. pactis successoriis mixtis, die er ganz nach Analogie des Testaments behandelt, wogegen er es für die p. s. simplicia, mit denen wir es hier allein zu thun haben, nicht gelten läßt. Auch Maurenbrecher [54]) ist gegen das Accrescenzrecht im Erbeinsetzungsvertrage; Hommel [55]) aber hat sich für die Zulassung erklärt, ohne jedoch seine Gründe näher auszuführen; und das preußische Landrecht [56]) hat sich in demselben Sinne entschieden, obgleich es die Regel: Nemo pro parte nicht anerkennt. Doch muß man hier die Vorschriften, die es über das Recht des Zuwachses bei Testamenten gegeben hat, herbeiziehen, nach welchen dafür nur eine so starke Präsumption besteht, daß der Testator, um es auszuschließen, es ausdrücklich verbieten muß [57]). — Die französischen Juristen lassen ebenfalls bei dem Erbeinsetzungsvertrage in Ehestiftungen, dem einzigen, welchen sie anerkennen, das Accrescenzrecht zu. Es findet sich darüber bei Merlin [58]) eine weitläuftige Erörterung, mit vielen Rechtsfällen untermischt, wobei er von dem Grundsatz ausgeht, daß wenn mehre Erben von verschiedenem Titel (à des titres différens) concurriren, und von denen, die denselben Titel haben, einer weg fällt, dessen Portion den mit ihm verbundenen accrescirt. Als Beispiel wird angeführt, wenn ein Soldat auf sein peculium castrense zwei Erben eingesetzt habe, so accrescire nach

---

54) R. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. II. §. 562. Note v.

55) C. F. Hommel, rhaps. quaest. V. 619.

56) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 645. Auch bey der Erbfolge aus Verträgen findet das Recht des Zuwachses statt.

57) a. a. O. §. 285. Hat der Testator den Zuwachs ausdrücklich verboten, so fällt die erledigte Erbportion jedesmal an die Intestaterben. Vgl. a. a. O. §. 254. 255.

58) Merlin, répert. s. v. institution contr. §. 10. Nu. VI–VIII.

dem Wegfallen des einen dessen Antheil dem andern, und nicht den Intestaterben. Ferner, — wenn die väterliche und mütterliche Linie sich in eine Erbschaft theilen, in Ermangelung der einen die andere alles bekommt, und ein Erbe schlägt aus, so wächst sein Theil den Gliedern derselben Linie an; erst wenn von dieser keiner mehr übrig ist, folgt die andere Linie. — Allein diese Beispiele sind nicht glücklich gewählt. Bei dem Soldatentestament tritt das Accrescenzrecht nur dann ein, wenn bewiesen werden kann, daß der Testator es so wollte; in der Regel wird die vacante Portion den Intestaterben deferirt, und zwar ganz consequent, da die Regel: Nemo pro parte hier nicht gilt [59]). Im zweiten Beispiele kommen aber keine Erben von verschiedenem Titel, worunter doch wohl verschiedene Delationsgründe zu verstehen sind, vor, sondern Intestaterben, die nach Linien theilen, wo also die einzelnen Köpfe als Unterabtheilung der Linie nur diese interessiren.

Nimmt man das Accrescenzrecht in seiner natürlichen Bedeutung, und führt es bei dem gesetzlichen Erbrecht auf die Nothwendigkeit der vollständigen Repräsentation des Erblassers, bei dem testamentarischen aber außerdem noch auf die Regel: Nemo pro parte zurück; so stellen sich die leitenden Principien für diese Lehre leicht heraus. Dann erscheint aber auch das, was die Franzosen, freilich auf ältere Juristen gestützt, zum Mittelpunkt ihrer Deduction

59) L. 37. D. de testamento militis. Paulus libro VII. Quaestionum. Si duobus a milite liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem: pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse: quia miles et pro parte testari potest: et competit patrono ab intestato bonorum possessio: nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero, ad alterum vellet totam redire hereditatem. — So hätte consequenter Weise auch das preußische Landrecht die Regel fassen sollen.

machen, als eine bloße Folgerung, die zu weiteren Schlüssen nicht berechtigt. Wenn man für den Erbeinsetzungsvertrag die Regel: Nemo pro parte nicht anerkennt, so fehlt es hier eben so sehr an einem nothwendigen Grunde für das Accrescenzrecht, als es bei dem römischen Soldatentestament der Fall war. Indessen modificirt Merlin nach dem Vorgange von Laurière seine Ansicht doch auch wiederum sehr. Er läßt sie einmal nur, wie das natürlich ist, für Erbeseinsetzungen in Eheverträgen gelten, aber auch hier nur dann, wenn mehre Erben in demselben Vertrage eingesetzt sind, nicht wenn in verschiedenen. Da nun in Ehestiftungen durch Zuwendungen von dritten Personen nicht leicht andere, als die Eheleute und ihre Descendenz bedacht zu werden pflegen, so mag auch in Frankreich das Accrescenzrecht in diesem Fall selten zur Anwendung kommen. Allerdings wäre das aber nicht die Folge des Princips, sondern bloß der Anwendung.

Fassen wir demnach die Regel gegen das Zuwachsungsrecht bei dem Erbeinsetzungsvertrage, so fragt es sich doch, ob es nicht ausnahmsweise auch hier in Wirksamkeit treten kann, und in der That läßt sich Manches dafür anführen, wenn man die Analogie des Soldatentestaments herbeizieht (s. die letzte Note). Die Sache würde sich hier denn so stellen, daß in allen Fällen, wo nachgewiesen werden kann, daß die Absicht der Parteien darauf gerichtet war, bei dem Wegfallen des einen Vertragserben den andern statt der gesetzlichen Erben an seine Stelle rücken zu lassen, — dieß auch geschehen muß. Man geht dabei ja eigentlich nicht weiter, als daß man den Consens aus den Umständen herleitet, und wenn man sich die Sache recht anschaulich machen will, so kann man an eine stillschweigende Substitution denken, welche auch wohl den römischen Juristen

vorgeschwebt hat, da eben das Accrescenzrecht die nothwendige Folge eines Rechtsgrundsatzes, die Substitution aber eine freie Verfügung ist. Nur muß man freilich, falls man sich das Verhältniß als eine Substitution denkt, auch die Verschiedenheit der Wirkungen, welche zwischen dieser und dem Accrescenzrechte besteht, nicht außer Acht lassen.

Ein streng juristischer Beweis darf übrigens für eine solche Absicht der Parteien wohl nicht verlangt werden; es müssen die Umstände jedoch auch wiederum so entschieden dafür sprechen, daß man sich getrauen kann, gegen die Regel auf den Vorzug des Vertragserben zu erkennen. Merlin setzt den Fall: ein Vater, der 3 Kinder hat, verheirathet 2 und setzt sie in demselben Ehecontract auf zwei Drittel seines Vermögens zu Erben ein; der eine von diesen beiden ist aber vor dem Vater kinderlos verstorben. Hier soll nun nach Merlin der andere Vertragserbe dessen Portion allein bekommen; aber wir können das nicht zugeben: es scheint vielmehr die Absicht des Vaters gewesen zu seyn, daß jedes Kind gleichviel, also ein Drittel bekommen sollte, da er für den Dritten seine Portion frei hielt. Richtiger ist also, hier bei der Regel zu bleiben, und die Portion des weggefallenen Kindes den beiden übrigen zu gleichen Theilen accresciren zu lassen, wo denn freilich der Vertragserbe nicht als ein solcher, sondern als gesetzlicher Erbe concurrirte. Dagegen läßt sich aber auch nichts einwenden, da in dem Abschluß des Erbvertrags nicht nothwendig ein Verzicht auf sein gesetzliches Erbrecht lag. — Nehmen wir aber ein anderes Beispiel. Ein Mann, der nur entfernte, ihm nicht angenehme Verwandten hat, setzt zwei Personen in einem Vertrage zu seinen Erben ein, indem er ausdrücklich angiebt, daß er sie aus besonderer Zuneigung seinen Verwandten vorzieht, sie aber beide gleich

lieb hat, und deswegen gleich bedenken will. Nun stirbt der eine vor dem Erwerb seines Erbrechts, und es kommt zur Frage, ob seine Portion an den andern Vertragserben oder an die gesetzlichen Erben fallen soll. Hier würde ich mich für jenen entscheiden, obgleich es allerdings sicherer gewesen wäre, wenn der Erblasser seine beiden Freunde ausdrücklich einander substituirt hätte.

2. Die übertriebene Aengstlichkeit der alten Juristen, die Testirfreiheit des römischen Rechts nicht zu verletzen, brachte sie darauf, die donatio omnium bonorum nur dann für gültig zu halten, wenn wenigstens ein Theil derselben dem Schenker zur freien Verfügung vorbehalten war [60]. Diese Cautel ward später freilich nicht mehr für nothwendig gehalten, aber es blieb doch gewöhnlich, daß man einen solchen Vorbehalt machte, schon deswegen, um für die Zeit nach dem Vertrage nicht ganz an Freigebigkeiten gehindert zu seyn. Auch bei den Erbverträgen kommen frühe solche Clauseln vor, namentlich bei den Erbverbrüderungen, z. B. bei der Erneuerung der sächsisch-hessischen Erbverbrüderung von 1555 [61], und Zasius [62] legte auf diesen Punkt doch ein nicht unbedeutendes Gewicht, obgleich er die Cautel gerade in dem besonderen Fall wegen der erlangten kaiserlichen Confirmation nicht für nöthig hielt. — Auch jetzt noch ist ein solcher Vorbehalt nicht ohne Wichtigkeit für den Erbeinsetzungsvertrag, weil

60) Bartolus de Saxoferrato ad L. Stipulatio hoc modo., 61. D. de V. O. Vgl. Thibaut, System des Pandekten-Rechts. §. 561. Note g. 8. Ausg.

61) S. J. J. Moser, teutsches Staatsrecht. Th. XVII. Buch 3. Kap. 85. S. 40 ff.

62) U. Zasius, responsa et cons. lib. II. cons. 1. cap. 1. Nu. II. in f.

der Erblasser dadurch in den Stand gesetzt wird, Zuwendungen, zu denen er sich erst später entschließt, auf eine viel freiere Art zu beschaffen, indem er sich entweder die Freiheit vorbehält, über eine Quote seines Nachlasses zu testiren [63]), oder wenigstens über eine bestimmte Summe anderweitig zu verfügen, ohne daß er eine Anfechtung durch den Vertragserben zu befürchten hat. Es entsteht aber hierbei die sehr wichtige Frage, wem denn der vorbehaltene Theil zufällt, wenn der Erblasser sich seines Rechtes, darüber zu verfügen, nicht bedient hat, — ob dem Vertragserben oder den gesetzlichen Erben. Sehen wir uns zuerst nach den gesetzlichen Bestimmungen um.

Die sächsischen Constitutionen [64]) gestatten einen solchen Vorbehalt bei der "Übergabe", welche sie an die Stelle der Vergabungen von Todes wegen gesetzt haben, und lassen ihn, falls der Schenker keine Verfügung darüber getroffen hat, seinen nächsten Intestaterben zu Gute kommen. Das österreichische Gesetzbuch [65]) hat dieses Verhältniß auf

63) Daß ein solcher Vorbehalt so oft bei dem Erbeinsetzungsvertrage vorkommt, zeigt eben, wie wenig man dieses Geschäft für unvereinbar mit einem Testamente zu halten pflegt.

64) C. A. P. III. C. 2. Unsere Verordnete seynd in dem einig, wann eine Ubergabe aufn Todesfall geschicht, und der Donator behält ihme etwas vor, darüber seinen letzten Willen zu machen, und solches erfolget nicht, daß dieses Reservat den Blutsfreunden und nehesten Erben des Donatoris folgen, und deme, so die andern Güter auffn Todesfall vermacht worden, nicht accresciren und zuwachsen soll, dabey wir es auch lassen.

65) Oesterr. Gesetzbuch §. 1253. Durch den Erbvertrag kann ein Ehegatte auf das Recht, zu testiren, nicht gänzlich Verzicht thun. Ein reiner Viertheil, worauf weder der gebührende Pflichttheil, noch eine andere Schuld haften darf, bleibt kraft des Gesetzes zur freyen letzten Anordnung immer vorbehalten. Hat der Erblasser darüber nicht verfüget; so fällt er doch nicht dem Vertragserben, obschon die

den Erbeinsetzungsvertrag übertragen, und zwar in der Art, daß dem Erblasser stets ein reines Viertel seines Vermögens frei bleibt, welches, falls er darüber nicht verfügt hat, an die Intestaterben fällt. Auch nach dem preußischen Landrecht[66]) ist es dem Erblasser gesetzlich frei gestellt, trotz des Erbeinsetzungsvertrags Vermächtnisse bis auf den zwanzigsten Theil seines Vermögens zu machen; doch kann er auf dieses Recht verzichten. Hat er aber keine Verfügung über den ihm gesetzlich vorbehaltenen Theil getroffen, so fällt dieser nach Analogie der für die Schenkung des ganzen Vermögens gegebenen Vorschrift an den Vertragserben, ausgenommen, wenn die gesetzlichen Erben Descendenten, Ascendenten, Geschwister oder Geschwisterkinder sind, welche jenem vorgehen[67]).

Ueber die Grundsätze, welche in diesem Fall nach gemeinem Recht zur Anwendung kommen, sind die Juristen nicht einig. Stryke[68]) bemerkt, bei Erbeinsetzungen in Ehestiftungen pflege man oft eine bestimmte Summe oder einen bestimmten Theil der Güter frei zu halten, um darüber zu testiren. Sey dieß aber nicht geschehen, so falle der Vorbehalt an die Intestaterben, ausgenommen, wenn der Vertrag de universa hereditate in modum ultimae vo-

---

ganze Verlassenschaft versprochen worden wäre, sondern dem gesetzlichen Erben zu. — Vgl. Winiwarter in Wagner's Zeitschrift, Jahrg. 1825. No. XXII. §. 6 und 7.

66) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 627. Letztwillige Verordnungen finden gegen den Inhalt eines Erbvertrages nicht statt. §. 628. Doch kann der Erblasser Vermächtnisse bis auf den Zwanzigsten Theil seines Nachlasses errichten, wenn er nicht auch dieser Befugniß sich im Vertrage ausdrücklich begeben hat.

67) a. a. O. §. 630. vgl. mit Th. I. Tit. 11. §. 1087. 1088.

68) S. Stryk. tractat. de successione ab intestato. Diss. VIII. cap. 5. §. 20.

luntatis concipirt war: dann trete der für die Testamente geltende Grundsatz ein, womit das Accrescenzrecht gemeint ist. Pufendorf [69]) dagegen entscheidet sich für den Vertragserben. In einer Ehestiftung hatte jemand seine Frau auf den ganzen Nachlaß eingesetzt, sich aber die freie Verfügung bis zum Belauf von 2000 Thlr. reservirt, und sich dieser Befugniß später nicht bedient. Die kalenbergische Justizkanzlei und das Oberappellationsgericht in Celle sprachen die genannte Summe dem Vertragserben zu [70]).

Um hier nun zu einem bestimmten Resultat zu kommen, ist es zuvörderst nothwendig zu unterscheiden, ob der Vorbehalt eine Quote der Erbschaft betraf oder nur eine bestimmte Summe oder einzelne Sachen. In den beiden letzten Fällen ist eigentlich dem Erblasser für die Zukunft die Befugniß eingeräumt, dem Vertragserben sein Erbrecht so zu beschränken, wie es auch sogleich bei dem Abschluß des Hauptvertrags durch die Auflage bestimmter Vermächtnisse hätte geschehen können. Denn gesetzt auch, daß über die einzelnen Sachen testirt wird, so tritt doch der heres in re certa in Concurrenz mit dem Universalsuccessor, wenigstens dem Effect nach, bloß als Vermächtnißnehmer auf [71]). Macht nun der Erblasser gar keine Verfügung über das Reservat, so kommt der Vertragserbe dadurch in dasselbe Verhältniß, als wenn ein von Anfang an bestimm-

69) F. E. a Pufendorf, observatt. juris IV. 48.

70) l. c. Movebat, quod testamentum (non) subesset, sed pactum successorium, adeoque regula juris romani, neminem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere posse, locum vix haberet. Sed in contrarium placuit, pacto successorio omnium bonorum eam summam, dispositione alia non subsecuta, contineri, nihilque eo nomine ab universis bonis decerpi.

71) c. 13. C. de heredibus instituendis. Vgl. Braun, Zusätze zu Thibaut's Pandekten-System. §. 669. S. 611.

tes Vermächtniß weggefallen wäre: sein beschränktes Recht wird wieder ein unbeschränktes. So faßt auch die französische Jurisprudenz die Sache auf [72]), und selbst Pufendorf hat vielleicht a. a. O. bloß an diesen Fall gedacht. — Geht aber der Vorbehalt auf die Verfügung über eine Quote der Erbschaft, so könnte man sagen, daß der Vertragserbe eigentlich nur als ein heres ex parte berufen ist, und da, wie vorher gezeigt worden, das Accrescenzrecht von ihm nicht in Anspruch genommen werden kann, so möchte es consequent erscheinen, den Intestaterben die leer gebliebene Quote zuzusprechen. Allein es ist etwas anders, ob der Vertragserbe durch ausdrückliche Beredung nur auf eine bestimmte Quote, oder ob er als heres ex asse eingesetzt ist, mit dem Vorbehalt, sich eine spätere Beschränkung seines Erbrechts auf eine Quote des Nachlasses gefallen zu lassen. Wenn der Erblasser in diesem Fall von seiner Befugniß, noch einen andern Erben neben jenen zu berufen, keinen Gebrauch gemacht hat, so handelt es sich nicht um den Zuwachs einer vacant gewordenen Erbportion; es ist vielmehr nur ein Recht, welches hätte beschränkt werden können, unbeschränkt geblieben. Die entgegenstehende Entscheidung würde davon ausgehen müssen, daß ein solcher Vorbehalt wenigstens mittelbar zu Gunsten der Intestaterben gemacht worden sey, was doch nicht in der Natur des Geschäftes liegt. Denn wenn schon der Erblasser durch das Abschließen eines Erbeinsetzungsvertrags keine günstige Absicht für seine gesetzlichen Erben ausspricht, so ist man auch nicht berechtigt, eine solche aus der unterlassenen Verfügung über die freie Quote seines Nachlasses zu folgern. Es scheint daraus vielmehr hervorzugehen, daß

72) **Merlin**, a. a. O. §. 10. Nu. V.

er sie auch später nicht hat bedenken wollen, wenn er auch jenen Vorbehalt vielleicht gemacht hat, um sich die Möglichkeit dazu frei zu halten.

In diesem Sinne, daß nämlich das Reservat, welches frei geblieben ist, dem Vertragserben zufällt, ist auch am 10. März 1758. vom Reichskammergericht entschieden worden [73]; freilich war das Hauptgeschäft, von dem es sich handelte, kein Erbvertrag, sondern eine Schenkung des ganzen Vermögens: aber für unsern Fall wenigstens ist das ohne Bedeutung.

VIII. Klagen des Vertragserben. Es ist natürlich, daß man dem Vertragserben die Klagen giebt, welche der römische Erbe hat, und in der That findet sich darüber auch wohl keine abweichende Meinung [74]). Er hat also namentlich

1. die hereditatis petitio, welche man hier zum Unterschiede pactitia oder conventionalis nennen kann [75]). Sie steht aber ganz unter den gemeinrechtlichen Grundsätzen, da die vertragsmäßige Erbfolge sich in ihrem Wesen und letzten Zwecken nicht von der testamentarischen und gesetzlichen unterscheidet, und es war nur eine Nachwirkung der verfehlten Deduction des Erbeinsetzungsvertrags, welche Hartm. Pistoris und andere versuchten, wenn

---

73) S. v. Cramer, wetzlarische Nebenstunden. XI. Nu. 8.

74) v. Kreittmayr, Anmerkungen zum cod. max. bav. civ. Th. III. Cap. 11. §. 1. Nu. 6. — Pufendorf, observatt. jur. II. 40. §. 2. — Eichhorn, Einleitung §. 344. a. E. — Mittermaier, Grundsätze §. 403. Nu. XII.

75) S. Stryk. U. M. lib. V. tit. 3. §. 2. — *idem* tractat. de success. ab intest. Diss. VIII. cap. V. §. 33. — Cod. max. bavar. civ. P. III. C. 1. §. 9.

man auch der Erbschaftsklage in dieser Anwendung eine ganz besondere Natur beilegte[76]).

2. Ob man dem Vertragserben das interdictum quorum bonorum zusprechen darf, hängt davon ab, ob man es bloß für ein Rechtsmittel des prätorischen Erben hält, oder es auch dem civilen Erben, der nicht B. P. agnoscirt hat, utiliter zuerkennt. Mag die erste Ansicht auch die theoretisch richtigere seyn; jetzt ist man wohl schon zu sehr an die letztere gewöhnt, als daß eine uns doch nicht mehr geläufige Scheidung Platz wieder greifen sollte[77]). Ist das Interdict aber ein allgemeines Rechtsmittel jedes Erben, so dürfen wir es auch wohl für den im Vertrage eingesetzten in Anspruch nehmen.

3. Das judicium familiae erciscundae ist in der durch die Miterbschaft herbeigeführten communio begründet, und unentbehrlich, welche Erben es auch seyn mögen, die mit einander concurriren.

4. Das interdictum quod legatorum steht zwar nur dem Testamentserben zu, doch läßt sich die analoge Ausdehnung auf den Vertragserben rechtfertigen.

---

76) Hommel läßt sich darüber am bestimmtesten aus; s. rhapsodia quaest. I. 117. Hereditas ex pacto si petatur, ea non est, ut civilis hereditatis petitio, actio realis, sed personalis tantum adversus promittentis heredes instituenda, utpote ex pacto proveniens. Unde tertius possessor a stipulatore securus est, nisi promittentes se invicem, ut in ganerbinatibus fieri solet, in condominium receperint. — Stryke giebt dem Vertragserben zwar die hereditatis petitio ordinaria, aber außerdem noch eine actio personalis et realis gegen die Erben des Verstorbenen ad exemplum actionis realis, quae pro consequendis legatis datur; s. tractat. de success. ab intest. l. c. §. 35.

77) Vgl. Thibaut, System des Pandekten-Rechts. §. 895 Note *d*. 8. Ausg.

5. Dasselbe möchte ich aber nicht so unbedingt von dem remedium ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo behaupten. Denn es setzt ein in formeller Hinsicht fehlerfreies Testament voraus, und hat also in der strengen Testamentsform seine Grundlage; der Erbvertrag aber, wenn auch schriftlich abgefaßt, bietet nicht dieselbe Garantie. Dennoch verlangt Leyser[78]) bloß ein liquides Instrument für den Erbvertrag, um jenes Rechtsmittel damit zu verbinden; Pufendorf[79]) will pacta dotalia (von diesen spricht er nur a. a. O.) nullo vitio visibili contaminata; nach Thibaut[80]) halten viele einen ordentlichen Erbvertrag für genügend. Sicherer und consequenter ist es aber, nur demjenigen Vertragserben dieses Rechtsmittel zu gewähren, welcher einen in unverdächtiger Testamentsform abgeschlossenen Erbeinsetzungsvertrag vorzeigen kann.

§. 11.

Aufhebung des Erbeinsetzungsvertrags.

Insofern die Gründe, welche die Aufhebung eines Erbeinsetzungsvertrags herbeiführen, in allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehen, deren Anwendung auf das vorliegende Geschäft sich fast von selbst macht, braucht hier keine Rücksicht darauf genommen zu werden. Wenn z. B. der Promittent sich bis auf eine gewisse Zeit oder ganz unbeschränkt den Widerruf der Einsetzung freigehalten hat, so erlöscht das Geschäft durch die Ausübung dieser Befugniß, ohne daß man jedoch mit dem preußischen Landrechte[1]) anzunehmen

78) de Leyser, meditt. ad pand. spec. 43. med. 5. in f.

79) Pufendorf, observatt. II. 40. §. 2.

80) Thibaut a. a. O. Note g.

1) A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 635. Haben beyde Theile sich die Befugniß, von dem Erbvertrage nach Gutfinden abzugehen, vorbehalten, so wird das Geschäft nur als ein Testament angesehen.

braucht, es sey von Anfang an ein Testament gewesen. Es giebt hier aber manche eigenthümliche Verhältnisse zu beachten, deren genauere Erörterung nothwendig ist: wohin ich namentlich die Einwirkung des Notherbrechts auf den Erbeinsetzungsvertrag, so wie die Frage rechne, ob der Vertragserbe, wenn er vor dem Erblasser stirbt, sein Recht auf seine Erben transmittirt, oder ob das ganze Geschäft dann erlöscht. Doch ist mit diesen beiden Punkten der Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung noch nicht erschöpft, wie sich später zeigen wird.

I. Darüber sind alle Juristen einig, daß der Erbeinsetzungsvertrag nicht außer dem Bereich des römischen Notherbrechts steht. Der Grundsatz, daß gewisse Verwandten bei der gewillkührten Beerbung berücksichtigt werden sollen, ist nun einmal bei uns recipirt, würde aber fast ganz haltlos seyn, wenn man ihn bloß auf die testamentarische Erbfolge beschränkte, und nicht auch auf die vertragsmäßige ausdehnen wollte. Diese Anwendung römischer Rechtssätze auf ein nicht römisches Institut findet ihre vollständige Rechtfertigung in der Beschaffenheit des jetzt geltenden gemeinen Rechts, welches man sich nicht in zwei Felder getheilt denken darf, von denen auf dem einen das römische, auf dem andern das deutsche Recht unbeschränkt herrsche. Eine vollständige Abgrenzung ist nicht möglich und auch nicht heilsam; man muß zwar das Eigenthümliche der einzelnen Theile anerkennen und festhalten: aber nur durch die organische Verbindung derselben kann jetzt eine deutsche Jurisprudenz gewonnen werden. — Namentlich die Erbverträge konnten sich unabhängig vom römischen Notherbrecht in der Doctrin gar nicht entwickeln und fest stellen; die Natur der Sache und die Ansicht der Juristen war dagegen. Hatte man doch auch schon im altgermanischen Recht

eine ähnliche Berücksichtigung naher Verwandten durch ihr Beispruchrecht bei Vergabungen anerkannt. Das war freilich an Form, Umfang und Erfolg vom römischen Notherbrecht sehr verschieden; aber während jenes fast ganz verschwunden ist, ist dieses zu einer desto allgemeineren Geltung gelangt [2].

Für diesen Punkt ist also volle Uebereinstimmung der Juristen; aber eine schwierige und sehr bestrittene Frage ist es, auf welche Weise denn das Notherbrecht auf den Erbeinsetzungsvertrag einwirkt. Die zwei Parteien, welche sich hier gegenüber stehen, sind im Allgemeinen so zu charakterisiren, daß die eine durch die Vernachlässigung der Notherben nie das Geschäft selbst umwerfen läßt, sondern dem Verletzten nur eine Klage auf den Pflichttheil giebt, während die andere dem Notherbrecht denselben Einfluß auf den Erbeinsetzungsvertrag beilegt, welchen es auf das Testament hat. Die erste Ansicht, hauptsächlich durch die Analogie der donatio inofficiosa geleitet, wenn das auch nicht immer klar ausgesprochen ist, — stützt sich außerdem noch darauf, daß die Vorschriften des römischen Rechts über die Art, wie der Pflichttheil im Testament hinterlassen werden muß, und über die Folgen der Präterition und ungerechten Exheredation durchaus singuläre Bestimmungen sind, welche man auf den deutschen Erbvertrag nicht zu übertragen braucht, wenn man auch im Allgemeinen das Recht des Notherben für ihn anerkennt. Es soll genügen, daß sie überhaupt nur den Pflichttheil bekommen. — Diese Ansicht hat schon Zasius im freiburger Stadtrecht [3]) befolgt, sie

2) Vgl. J. H. Mayer, dissert. an et quatenus principia juris romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint. (Gottingae 1805.) cap. I. §. 5. 6.

3) Freiburger Stadtrecht von 1520. Tract. III. Tit. 2. — — der Kinder Pflichttheil unvergriffen.

ist von dem bairischen Gesetzbuch[4]) und dessen Commentator[5]) anerkannt, und auch von Hommel[6]) vertheidigt; die neuern Germanisten[7]) sind ihr fast alle zugethan, und ebenso die französischen Juristen[8]).

Die Gegner dieser Meinung, welche für den vorliegenden Fall Testament und Erbeinsetzungsvertrag gleich beurtheilt wissen wollen, berufen sich namentlich darauf, daß es sich bei beiden Geschäften von der Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge durch eine gewillkührte handle, und daß es für den Erfolg gleichgültig sey, ob die Verletzung des Notherben durch eine einseitige Willenserklärung oder durch einen Vertrag geschehen. Diese Ansicht vertheidigt schon Carpzov[9]) bei der Uebergabe des ganzen Vermögens nach dem Recht der sächsischen Constitutionen, indem er dafür die Analogie des gerichtlichen Testaments anruft; S. Stryke[10]) in Beziehung auf Ehestiftungen; Pufendorf[11]), der von dem Grundsatze ausgeht, der Erbeinsetzungsvertrag sey nichts anders, als ein unwiderrufliches

4) Cod. max. bavar. civ. P. III. cap. 11. §. 1. N. 7. u. 13.

5) v. Kreittmayr, Anmerkungen zum cod. max. bavar. civ. Th. III. Cap. 11. §. 1. Nu. 6.

6) C. F. Hommel, rhaps. quaest. I. 203. in f.

7) Eichhorn, Einleitung §. 343. Nu. II. — Mittermaier, Grundsätze §. 403. Nu. IX. — Maurenbrecher, II. §. 562. Note v. — v. Weishaar, Handbuch des würtembergischen Privatrechts. II. §. 844.

8) S. Merlin, répert. s. v. institution contr. §. 11. Nu. II.

9) B. Carpzov, jurispr. for. P. III. C. 1. def. 8.

10) S. Stryk., tract. de success. ab intestato. Diss. VIII. cap. 5. §. 42.

11) Pufendorf, observatt. jur. II. 173. §. 2. — III. 23. §. 3.

Testament; ferner Hebenstreit[12]), Strube[13]), G. L. Böhmer[14]), Mayer[15]), Mühlenbruch[16]).

Soll man sich nun für eine dieser beiden Meinungen entscheiden, so ist es klar, daß man sich dabei nicht von der größeren Zweckmäßigkeit der einen oder der anderen bestimmen lassen darf. Wenn es sich von der Construction eines geltenden Rechts handelt, so muß man, selbst wenn erst die leitenden Grundsätze aufgefunden werden sollen, diese doch in der Art zu gewinnen suchen, daß das positive Recht die Grundlage der Entwicklung bleibt, und die Prämissen zu den Schlüssen hergiebt. Wenn sich daher auch Manches für die Zweckmäßigkeit der Ansicht sagen läßt, daß den Notherben ohne formelle Beschränkung des Erblassers nur der Pflichttheil gesichert werden soll; so stimmt das doch nicht zu den uns überlieferten Grundsätzen des römischen Rechts, welche auch für den Erbeinsetzungsvertrag zur Geltung gekommen sind. Schon Mayer[17]) und Mühlenbruch[18]) haben es hervorgehoben, daß die Gegenpartei sich mehr oder weniger bewußt hauptsächlich auf die Analogie der römischen donatio inofficiosa stützt, was aber unangemessen ist. Denn bei dem Erbvertrage handelt es sich um eine Universalsuccession, während das genannte Geschäft nur eine Singularsuccession begründet, und seine

---

12) Hebenstreit, vindiciae veri valoris pact. success. cap. V. §. 60. Nu. 2.

13) D. G. Struben rechtliche Bedenken. V. 125. a. E.

14) G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle. I. 88.

15) J. H. Mayer, in der Note 2. citirten Abhandlung. cap. 2.

16) Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glück's Commentar, Th. 35. S. 83. 84. — Th. 38. S. 59 ff.

17) l. c. cap. II. §. 17.

18) a. a. O. Th. 38. S. 60. 61.

Beschränkung zum Schutze des Notherben nur die Veräußerungsbefugniß unter Lebenden, nicht aber das Recht der Erbeseinsetzung betrifft. Die Uebergabe des ganzen Vermögens, wenn auch gegen lebenslänglichen Unterhalt, ließe sich daher recht wohl in Beziehung auf die vorletzten Notherben nach der Analogie der lieblosen Schenkung beurtheilen [19]; aber für den Erbeinsetzungsvertrag ist man wegen dessen innerer Verwandtschaft mit dem Testament auf dieses verwiesen. — Ich bin freilich nicht dafür, den Erbeinsetzungsvertrag ein unwiderrufliches Testament zu nennen; denn wenn auch diese Bezeichnung in sehr wichtigen Stücken zutrifft, so führt sie doch auch leicht zu Irrthümern, da der Vertrag noch auf andere Art auf diese Verhältnisse einwirkt, als bloß insoweit, daß er das Geschäft unwiderruflich macht. Auf der andern Seite läßt sich doch aber auch nicht verkennen, daß Erbeinsetzungsvertrag und Testament in dem wesentlichsten Punkte zusammentreffen, da sie beide ein Erbrecht begründen, und eben dieser Punkt ist hinreichend, um sie in Beziehung auf das Notherbrecht

19) S. Mayer, l. c. §. 18. Note r. — So viel ich aus den Gönnerschen Parteischriften über die von Daxbergische Verlassenschaft (s. Mühlenbruch a. a. O. Th. 38. S. 84 ff.) habe entnehmen können, ist dieser ganz wunderliche Rechtsfall darum so verworren und unfügsam geworden, weil das Geschäft, um das es sich handelte, kein eigentlicher Erbvertrag war, sondern eher eine gegenwärtige Uebertragung des ganzen Vermögens auf den Todesfall, als welche Hartm. Pistoris und nach ihm andere Juristen den Erbeinsetzungsvertrag construiren wollten. Was bei einer solchen, wie Pätz sagen würde, die Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts berücksichtigenden Auffassung dieses Geschäftes herauskommt, sieht man aus diesem Fall recht deutlich: nichts als Confusion. Gönner hat denn allerdings noch das Seinige dazu gethan, um alle Rechtsbegriffe recht durcheinander zu werfen, worin er freilich durch einen unglücklichen Ausdruck von v. Kreittmayr, doch nicht im Gesetzbuch selbst, unterstützt ward.

unter dieselben Grundsätze zu bringen. Die Vernachlässigung gewisser Verwandten bei einer Erbeseinsetzung führt ja gerade im römischen Recht zu ihrer Anfechtung; wenn sich nun dasselbe in einem Erbvertrage bewirken läßt, wie im Testament, so ist es eine durch die Consequenz und den ganzen Gang unserer Rechtsentwicklung auferlegte Nothwendigkeit, auch das den Römern fremde Geschäft unter dieselbe Beschränkung fallen zu lassen. Auch ist es ein Irrthum, wenn Maurenbrecher a. a. O. die formellen Bestimmungen über die Berücksichtigung der Notherben im Testament für bloße Subtilitäten hält: schon dadurch, daß der Erblasser gezwungen wird, an seine Notherben zu denken, wird eine willenlose Vernachlässigung derselben, die auch auf manche einzelne Verfügungen einwirken kann, abgewandt; und gleichgültig ist es auch nicht, ob man als eingesetzter Erbe, oder unter einem andern Titel den Pflichttheil bekommt, zumal wenn keine Testamentsexecutoren ernannt sind.

Auch sind die neueren Gesetzgebungen durchaus für die Gleichstellung des Erbeinsetzungsvertrags und des Testaments in Beziehung auf das Notherbrecht; denn wenn sie in den allgemeineren Bestimmungen über diese Lehre von den Grundsätzen des römischen Rechts abweichen, so beweist dieß nichts dagegen, da sie es auch für das Testament thun. Das preußische Landrecht, welches nur einen Anspruch auf den Pflichttheil giebt [20]), schreibt ausdrücklich vor, daß der Berechtigte darin auch nicht durch einen Erbvertrag gekränkt werden soll [21]); und das österreichische Gesetzbuch stellt die

---

20) S. Mühlenbruch, a. a. O. Th. 38. S. 50 ff.

21) A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 481. 482.; vgl. ebendas. Tit. 1. §. 444.

Notherben beim Erbeinsetzungsvertrag gerade so, wie bei dem Testament [22]).

Läßt man nun aber die Grundsätze des römischen Notherbrechts für den Erbeinsetzungsvertrag gelten, so muß auch über die Beschaffenheit derselben Rechenschaft gegeben werden, und somit wäre denn allen darüber anhängigen Controversen Thür und Thor geöffnet. Es scheint jedoch, daß man nach den neuern Untersuchungen über diese wichtige Lehre bald einer Verständigung der Gelehrten, einer communis opinio entgegensehen darf, und daß man sich immer entschiedener zum reinen Derogationssysteme (um mich Mühlenbruch's Ausdrucks zu bedienen) hinwenden wird, wofür denn auch das practische Bedürfniß sprechen möchte. Ich enthalte mich aber hier jeder weiteren Erörterung, und begnüge mich, mich für einen Anhänger jenes Systems nach Mühlenbruch's Auffassung desselben zu erklären [23]); auch wegen der Ausschließung der Geschwister und deren Erfordernisse und Folgen [24]), so wie wegen der s. g. exheredatio bona mente [25]) verweise ich auf denselben Schriftsteller. Das gesetzliche Erbrecht endlich, welches deutsche Statutarrechte den Ehegatten beilegen, fällt so wenig unter den Begriff des römischen Notherbrechts, als es die Portion der armen Wittwe thut; denn es ist regelmäßig nicht durch besondere formelle Bestimmungen, sondern nur im Allgemeinen vor willkührlicher Entziehung geschützt. Auch hierüber ist Mühlenbruch zu vergleichen [26]).

---

22) Oesterr. Gesetzbuch §. 1254. — "Den Notherben bleiben ihre Rechte, wie gegen eine andere letzte Anordnung, vorbehalten."

23) S. Mühlenbruch, im Commentar, Th. 37. S. 118 - 374.

24) a. a. O. S. 374 - 391.

25) a. a. O. S. 391 ff.

26) a. a. O. Th. 38. S. 30 ff.

Nach der Bestimmung der Nov. 115. fällt nun wegen Verletzung des Notherbrechts der Ascendenten und Descendenten die Erbeseinsetzung weg, was sich auch leicht auf den Erbvertrag anwenden läßt; wie aber verhält es sich mit den Bestandtheilen des Testaments, welche nach der Novelle bestehen bleiben sollen? Um nun von den Freilassungen ganz zu schweigen, so kann die Bestellung eines Vormundes hier nicht in Betracht kommen, weil der Erbeinsetzungsvertrag wohl das mit dem Testamente gemein hat, daß darin ein Erbe gemacht werden kann, ihm aber nirgends die Kraft beigelegt ist, daß ein Vormund darin ernannt werden kann, wofür auch keine allgemeinen Gründe sprechen. Auch das scheint bedenklich, eine Pupillarsubstitution, die jetzt wohl überhaupt nicht mehr sehr gebräuchlich ist, im Erbvertrage zuzulassen, weil es immerhin ein besonderes Vorrecht des Testaments ist, daß der Vater dem unmündigen Kinde darin einen Erben einsetzen darf; wollte man das auch im Vertrage gestatten, so käme ein pactum de hereditate tertii heraus, welches unter Umständen, wie die vorliegenden, nicht ohne eine besondere Begünstigung gelten könnte, und eine solche anzunehmen fehlt jede Veranlassung. Demnach bleiben nur die Vermächtnisse übrig. Bei den Römern war es nun auch gar kein so fern stehender Gedanke, die Vermächtnisse auch nach der Ausschließung des eingesetzten Erben bestehen zu lassen; denn der Wille des Testators ward, wenn er nicht formell ungültig oder ungesetzlich war, selbst gegen die strenge Consequenz nach Kräften aufrecht erhalten. In unserm Fall ist das aber ganz anders, weil der Vertrag Grund des Vermächtnisses ist, und die Zuwendung unmittelbar auf der Uebereinkunft des Erblassers und des Vertragserben beruht. Fällt diese nun nach Ausschluß des letzteren über den Haufen,

so hat auch der Grund der Vermächtnisse zu existiren aufgehört, und man kann nicht sagen, daß der Vertrag den succedirenden Notherben so erfaßt, wie es der einseitige Wille des Testators thut. —

Dessen ungeachtet läßt sich doch wohl ein milderes Resultat gewinnen, wenn man davon ausgeht, daß die Aufrechthaltung der nicht wesentlichen Bestandtheile eines destitut gewordenen Testaments als eine Ausnahme erscheint, wodurch die Einwirkung des vernachlässigten Notherbrechts gemäßigt worden ist. Man würde diese also nicht recht fassen, wenn man unbedingte Nullität des Geschäftes, welches angefochten wird, als die Folge angäbe; es wird nur die Erbeseinsetzung herausgenommen, und der nächste gesetzliche Erbe statt deren hineingeschoben. Auch die Vermächtnisse in einem Erbeinsetzungsvertrage, welcher der Anfechtung der Notherben ausgesetzt worden ist, haben nun bei der ähnlichen Lage eine ähnliche Begünstigung anzusprechen, und diese läßt sich durch eine Entscheidung römischer Kaiser juristisch rechtfertigen. Diocletian und Maximian hielten einen wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrag unter Soldaten aufrecht, indem sie aus dem Consens den einseitigen Willen des Verstorbenen heraus nahmen, und zur Begründung der letztwilligen Verfügung eines Soldaten für hinreichend erklärten [27]). Auf ähnliche Weise kann man auch für unsern Fall die im Abschluß des Vertrags deutlich ausgesprochene Absicht des Erblassers benutzen, um die Vermächtnisse nach dem Vorgange der Novelle aufrecht zu erhalten, obgleich der Vertrag durch Ausschließung des Vertragserben aufgehoben ist. Es läßt sich das hier, wo es sich, wie bei dem kaiserlichen Rescripte,

27) c. 19. C. de pactis; vgl. oben S. 106 - 108.

um eine exceptionelle Vergünstigung handelt, wohl vertheidigen[28]).

Schließlich ist nun noch die Frage zu berücksichtigen, ob es durchaus nothwendig ist, die Notherben im Erbvertrag zu instituiren, oder ob es Mittel giebt, sie gültig davon auszuschließen.

1. Der Verzicht des Notherben, welcher auch mit dem Einsetzungsvertrage verbunden werden kann, ist ohne Zweifel zulässig, kann aber erst in der folgenden Abtheilung, die ausschließlich vom Erbverzicht handelt, erörtert werden.

2. Bei Ehegatten kann eine wichtige Modification dieser Verhältnisse dadurch eintreten, daß sie den Vertrag nicht direct auf die Beerbung richten, sondern eine Gütergemeinschaft bereden, die auch das Erbrecht mehr oder weniger beherrscht. Hierüber wird das zweite Kapitel der folgenden Unterabtheilung näheren Aufschluß geben, während ebendaselbst das erste Kapitel das besondere Recht des Adels betrachten wird.

3. Kann eine Enterbung im Erbeinsetzungsvertrage geschehen? Es ist hier von einer einseitigen Enterbung die Rede, d. h. von einer solchen, die ohne Zuziehung und Genehmigung des Notherben, worin ein Verzicht liegen würde, geschieht. Mayer[29]) findet das ganz natürlich, bringt aber weiter keine Gründe dafür bei; Mühlen-

---

28) Mühlenbruch kommt im Commentar Th. 38. S. 71 ff. zu einem ähnlichen Resultat, jedoch auf einem andern Wege, worüber man das Nähere bei ihm selbst nachsehen kann. Wenn er jedoch annimmt, daß ein Vermächtniß in der ursprünglichen Fassung einer einseitigen, letztwilligen Verfügung mit dem Erbeinsetzungsvertrage verbunden werden kann, so bin ich ganz entschieden anderer Meinung aus Gründen, die im folgenden Kapitel zur Erörterung kommen werden.

29) J. H. Mayer, l. c. §. 18. Note x.

bruch[30]) leugnet es, und mit Recht: denn es fehlt an einem hinreichenden Grunde zu gestatten, daß das Rechtsverhältniß dritter Personen durch Verträge auf eine solche Weise normirt werde. Ich habe freilich oben[31]) den Grundsatz vertheidigt, daß Personen, die nicht selbst am Vertrage Theil genommen haben, nach heutigem Rechte doch anders daraus berechtigt werden können, als nach römischem; aber hier handelt es sich von dem entgegengesetzten Fall, nämlich ob ihnen auch Rechte dadurch genommen werden können. Außerdem ist die Enterbung im römischem Recht so gut an ein formelles Testament gebunden, wie die Erbeseinsetzung; wenn nun auch diese durch einen formlosen Vertrag beschafft werden kann, so ist damit noch nicht dasselbe für die Enterbung gesetzt.

4. Nur das läßt sich nach heutigem Recht, wo die Regel: Nemo pro parte wenigstens bei den Erbverträgen nicht zur Anwendung kommt, zugeben, daß wenn der Vertragserbe nur auf eine Quote der Erbschaft eingesetzt worden, und die andere dem Intestaterben also frei geblieben ist, dieser, falls er Notherbe ist, das Geschäft nicht anfechten kann. Denn da hier, nach früheren Ausführungen, kein Accrescenzrecht des Vertragserben dazwischen tritt, so succedirt der Notherbe ab intestato, ist also ebenso gut wirklicher Erbe, als wenn er im Testament instituirt worden wäre, und hat selbst dann, wenn er auf diese Weise seinen vollen Pflichttheil nicht erhielt, nur eine Klage auf Ergänzung desselben[32]).

II. Bleibt der Erbeinsetzungsvertrag bestehen, wenn der Vertragserbe vor dem Erblasser stirbt, so daß jener das

30) a. a. O. S. 98. 99.
31) S. §. 2. Nu. III.
32) Vgl. Mühlenbruch, a. a. O. S. 97. 98.

Recht aus dem Vertrage auf seine Erben transmittirt? oder wird das ganze Geschäft durch dessen früheren Tod aufgehoben?

Hier ist nun vorläufig seinem Begriffe nach der wechselseitige Erbeinsetzungsvertrag, durch welchen dem Längstlebenden die Erbschaft des Vorverstorbenen zugesichert wird, ausgeschlossen. Denn wenn die Erben des Letzteren an seine Stelle treten sollten, so würde ja eben der im Geschäft beabsichtigte Zweck vereitelt werden [33]). — Auch der Fall kommt hier natürlich nicht in Betracht, wenn die Erben des Vertragserben ihm ausdrücklich substituirt sind, was die französische Jurisprudenz rücksichtlich der Kinder präsumirt [34]). Unsere Frage stellt sich also ganz bestimmt so, ob der Erbeinsetzungsvertrag durch den früheren Tod des Vertragserben erlöscht oder nicht? — Früher ist schon nach Hasse's Vorgang darauf hingedeutet worden, daß die Natur eines negotium mortis causa eine solche Uebertragung desselben auf die Erben des Bedachten nicht wohl gestattet; fassen wir jetzt die Sache mehr von dem besonderen Standpunkte des Erbeinsetzungsvertrags auf. Was für diese Untersuchung eigentlich die entscheidende Vorfrage abgiebt, ist der im vorigen §. zu Anfang und sub Nu. V. erörterte Punkt, ob das genannte Geschäft mehr enthält, als einen bloßen Delationsgrund. Wenn man nun, wie oben geschehen ist, seine Wirkung darauf beschränkt, so folgt, daß daraus für den Vertragserben direct nur ein bloßes Hoffnungsrecht ent-

33) Vgl. preuß. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 631. Aus einem wechselseitigen Erbvertrage erlangt nur der Ueberlebende ein Erbrecht; und die Erben oder Nachkommen des Erstverstorbenen haben in so weit auf den Nachlaß des Ueberlebenden keinen Anspruch.

34) Code civ. art. 1082; vgl. Merlin, a. a. O. §. 12. Nu. VIII. IX.

steht, welches zwar mehr oder weniger gesichert seyn kann, je nachdem es widerruflich ist oder nicht; welches aber doch keinen Vermögenstheil ausmacht, nicht in bonis ist, sondern eben erst durch die Delation und Antretung ins Vermögen gebracht werden soll. Wenn nun der Vertragserbe den Zeitpunkt der Delation, welches immer der Tod des Erblassers ist, nicht erlebt, so hat er auch kein Recht auf seine Erben zu übertragen; und selbst wenn er ihn erlebt, dennoch aber die Erbschaft vor seinem Tode nicht angetreten hat, so kann doch nur dann von einem Uebergang auf die Erben die Rede seyn, wenn einer der gemeinrechtlichen Transmissionsfälle, deren Geltung man auch hier nicht in Abrede stellen kann, vorliegt. Denn es ist nach dem Obigen kein Grund vorhanden, weswegen die Regel: hereditas non adita non transmittitur bei der vertragsmäßigen Erbfolge ausgeschlossen seyn sollte. Vor der Delation kann aber nie von einer Transmission die Rede seyn.

Hierzu kann man nun noch den Grund hinzufügen, der in einer der Erörterungen von v. Bülow und Hagemann[35]) hervorgehoben ist, daß es nämlich regelmäßig durchaus gegen die Absicht der Parteien, namentlich des künftigen Erblassers seyn wird, einen vielleicht entfernten Intestaterben oder gar Testamentserben des vorverstorbenen Acceptanten in dessen Recht einrücken zu lassen. Man muß doch im Allgemeinen annehmen, daß die Erbeseinsetzung eine hohe Gunstbezeugung ist, die man nur aus bestimmten persönlichen Rücksichten vornimmt, nicht aber einer vielleicht unbekannten Person, die einem ganz fern steht, zuwendet[36]). Ich bin auch überzeugt, daß diejenigen, welche die Erben

35) Practische Erörterungen. IV. 71.

36) Vgl. C. G. Biener, opuscula academica, edd. F. A. Biener, II. Nu. 37. (quaest. cap. XLI.)

des Vertragserben an seine Stelle treten lassen, abgesehen von der irrthümlichen Auffassung des Erbeinsetzungsvertrags, hauptsächlich dadurch zu ihrer Ansicht gekommen sind, daß sie vorzugsweise an seine Nachkommen dachten, die sie denn aber nicht, wie die Franzosen, allein hervorhoben. — Wenn ich übrigens auch den angegebenen Grund von v. Bülow und Hagemann benutzt habe, so kann ich doch nicht weiter mit ihnen gehen, und namentlich nicht die Ansicht billigen, daß man es nach den Umständen abmessen muß, ob es die Absicht der Parteien war, die Erbeinsetzung mit auf die Erben des Vertragserben auszudehnen, oder nicht, — obgleich auch Eichhorn[37]) sich dahin erklärt hat. Denn wenn auch diese Absicht vorlag, so bleibt doch immer noch zu bestimmen, ob auch das rechte Mittel ergriffen ist, sie zu realisiren. Die Erben als solche treten ja nicht in den Vertrag ein; sie erscheinen also als dritte Personen, auf welche das Geschäft ausdrücklich gerichtet seyn muß, wenn sie Rechte daraus ableiten sollen. Entweder liegt das nun schon in der besonderen Art des Geschäftes, wie bei dem Familienfideicommiß, oder die Einsetzung ist auf den Vertragserben und seine Erben gestellt: dann sind diese vulgariter substituirt, und den Beschränkungen unterworfen, welche für dritte Personen aus den ihnen fremden Verträgen gelten[38]). Auch das endlich läßt sich zugeben, daß wenn die Erben eine stillschweigende Substitution nachweisen können, sie den Platz ihres Erblassers, welcher der Vertragserbe war, einzunehmen berechtigt sind. — Da nun aber, so lange eine Substitution besteht, der Erbeinsetzungsvertrag nicht destitut wird, und

37) Einleitung §. 344. Note *k*. — Eichhorn sagt wenigstens nicht ausdrücklich, daß er an eine substitutio tacita denkt.

38) S. oben §. 2. Nu. III.

also der hier behandelte Fall gar nicht eintritt; so bleibt es bei der Regel: der Erbeinsetzungsvertrag wird aufgehoben, wenn der Vertragserbe vor dem Erblasser stirbt.

Hiervon weichen nun freilich diejenigen ganz ab, welche wie J. H. Böhmer [39]) ein jus in hereditatem quaesitum, in heredes transmissorium aus dem Erbeinsetzungsvertrage geben, und den Uebergang auf die Erben hier eben so annehmen, als wenn ein gewöhnlicher Vertrag mit obligatorischen Wirkungen vorliegt. Nach dem, was aber bereits darüber beigebracht ist, begnüge ich mich, einfach auf die Literatur dieser Meinung zu verweisen [40]).

Sehen wir uns nun nach der gesetzlichen Feststellung dieser Frage um, so zeigt sich auch die Legislation der oben vertheidigten Ansicht günstig. Auf das ältere Recht der Vergabungen will ich hier gar nicht eingehen, sonst ließe sich wohl darthun, daß, obgleich auch bei ihnen die durch die Auflassung bestellte Gewere auf den Erben des Bedachten überging, falls er vor dem Tradenten starb [41]), man doch früh darauf kam, die Zuwendung in diesem Fall erlöschen zu lassen. Denn wenn man auch kein Gewicht auf eine sehr schwierige Stelle im westgothischen Gesetze legen will [42]), so findet sich doch, sobald die Zuwendung auf den

39) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. tom. II. exerc. 31. De fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium. cap. 2. §. 11. Nu. 7 et 10. — Böhmer hat seine Ansicht nicht bloß für die Familienfideicommisse, sondern allgemeiner gefaßt.

40) Man findet sie ziemlich vollständig verzeichnet bei v. Bülow und Hagemann, a. a. O. Note *e*, und Mittermaier, Grundsätze §. 403. Note 16.

41) S. den ersten Theil dieser Schrift S. 150. 196.

42) L. Wisigoth. lib. V. tit. 2. cap. 6. — Es ist schwer, hier deutsches, römisches und neu bestimmtes Recht zu unterscheiden, und die einzelnen Vorschriften aus einander zu halten. Früher glaubte ich

Todesfall ohne Uebertragung der Gewere geschieht, nämlich bei der ausgelobten Morgengabe, die Bestimmung, daß sie durch den früheren Tod des Bedachten erlöschen soll [43]). — Was aber die neueren Gesetzgebungen betrifft, so hat sich das preußische Landrecht über diesen wichtigen Punkt nicht bestimmt ausgesprochen, und eine gelegentliche Aeußerung darüber läßt sich verschieden erklären; doch möchte ich auch nach dieser Stelle annehmen, daß das Recht der Erben verworfen worden ist. Es ließe sich nämlich die oben (Note 33.) abgedruckte Stelle allerdings so verstehen, daß hier für den wechselseitigen Erbvertrag nur eine Ausnahme von der Regel angeordnet werden sollte; denn stimmte sie mit der Regel überein, so sieht man nicht wohl ein, weswegen diese nicht selbst in allgemeiner Fassung, sondern nur in ihrer Anwendung auf einen besondern Fall, wo sie gerade am Wenigsten Bedenklichkeit haben konnte, ausgesprochen worden ist. Dennoch ist es richtiger, in jener Vorschrift nur die Anwendung eines allgemeinen Rechtssatzes anzunehmen; denn faßt man sie im Zusammenhang mit den beiden folgenden Paragraphen auf, so scheint sie nicht so sehr mit Rücksicht auf die Transmission des Erbrechts gemacht zu seyn, als vielmehr den Gegensatz des gewöhnlichen Erbeinsetzungsvertrags zu den Familienfideicommissen und ähnlichen Dispositionen recht bestimmt hervor heben zu sollen. Schon der Uebergang in §. 632: "Ist aber in dem Vertrage die Erbfolge-Ordnung" u. s. w. ist für diese Erklärung entscheidend. — Auch an der Stelle, welche

---

in dieser Stelle nur römisches Recht zu entdecken, und habe sie deswegen im ersten Theile nicht besonders hervorgehoben; jetzt scheint mir allerdings, daß eine andere Erklärung gegeben werden könnte, wozu aber hier natürlich nicht der Ort ist.

43) S. den ersten Theil S. 160.

allgemein über den Anfall einer Erbschaft handelt [44]), und ihn erst mit dem Tode des Erblassers eintreten läßt, wird ein Ausdruck gebraucht, der ebenso gut auf die Erbverträge als auf die Testamente paßt.

Das österreichische Gesetzbuch [45]) hat die ausdrückliche Vorschrift, daß der Erwerb des Rechts aus dem Erbvertrage den Tod des Erblassers voraussetzt, und von dem Vertragserben vorher auf niemanden übertragen werden kann. Auch die französische Jurisprudenz, der der Code [46]) gefolgt ist, hat diesen Grundsatz als unzweifelhaft anerkannt [47]), und nur, wie schon oben bemerkt ward, für die Kinder eine substitutio tacita angenommen.

III. Nachdem nun die beiden wichtigsten Fälle, welche zur Aufhebung des Erbeinsetzungsvertrags führen, betrachtet sind, bringe ich noch einige andere zur Erörterung. Namentlich ist es lange eine beliebte Ansicht gewesen, daß nachgeborene Kinder das Geschäft nichtig machen, und zwar wegen der Bestimmung in einer Coderstelle [48]), daß ein Patron, welcher, da er kinderlos war, sein ganzes Vermögen oder einen Theil desselben seinen Freigelassenen geschenkt

---

44) A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 367. Sobald der Erblasser verstorben, oder für todt erklärt ist, fällt die Erbschaft an denjenigen, welchen rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers, oder in deren Ermangelung die Vorschriften der Gesetze darzu berufen.

45) Oesterr. Gesetzbuch §. 1252. Ein selbst den öffentlichen Büchern einverleibter Erbvertrag hindert den Ehegatten nicht, mit seinem Vermögen, so lange er lebt, nach Belieben zu schalten. Das Recht, welches daraus entsteht, setzt den Tod des Erblassers voraus; es kann von dem Vertragserben, wenn er den Erblasser nicht überlebt, weder auf Andere übertragen, noch der künftigen Erbschaft willen eine Sicherstellung gefordert werden.

46) Code civ. art. 1089.

47) S. Merlin, l. c. §. 12. Nu. VII.

48) c. 8. C. de revocandis donationibus.

hat, diese Schenkung widerrufen kann, wenn ihm Kinder nachgeboren werden. Allein der Erbeinsetzungsvertrag ist keine donatio; für ihn kommen die Kinder nur in Beziehung auf das Notherbrecht in Betracht, was insofern einen bedeutenden Unterschied macht, als hier die Aufhebung des Geschäftes nicht von dem Erblasser selbst abhängt. Es ist daher wohl besser, mit Eichhorn[49]) und Mühlenbruch[50]) die Anwendbarkeit des Widerrufs ob supervenientiam liberorum zu leugnen[51]).

Hiermit nahe verwandt ist die Frage, ob der Erbeinsetzungsvertrag nach Analogie der Schenkung wegen Undankbarkeit widerrufen werden kann; doch ist sie eigentlich zu eng gestellt, und führt, richtig gefaßt, sehr tief in das ganze Gefüge der vertragsmäßigen Erbeseinsetzung ein. Denn hier ist der Widerruf ja regelmäßig ausgeschlossen, und der Erblasser ist daher oft gezwungen, einen Erben zu behalten, der ihm vielleicht verhaßt geworden ist, oder den er wenigstens bei veränderten Umständen, wenn er noch zurück könnte, mit einem andern vertauschen würde. Diesem Uebelstande wird freilich einigermaaßen dadurch abgeholfen, daß theils dem Vertragserben die Erbschaft in den schlimmsten Fällen wegen Indignität entzogen wird, theils der Erblässer durch die freie Verfügung über sein gegenwärtiges Vermögen, die er behält, in den Stand gesetzt ist, dem jetzt Begünstigten, etwa dem Bruder, der für todt gehalten, nach Abschluß des Erbvertrags zurückgekehrt ist, Zuwendungen zu machen. Aber weit reicht dieß doch nicht. Denn wenn auch die Indignitätsfälle, soweit es ihre

---

49) Einleitung §. 345.

50) Im Pandektencommentar. Th. 38. S. 60. Note 38.

51) Für die Erbverträge unter Ehegatten wird dieser Punkt unten, Unterabth. II. Kap. II. besonders erörtert werden.

Natur zuläßt, auf die vertragsmäßige Erbfolge zur Anwendung gebracht werden müssen; so dringen sie doch nicht tief ein, sind zum Theil sehr singulairer Art, erst für die Zeit nach des Erblassers Tode wirksam, und diesem kann es auch am Ende wenig helfen, wenn statt des Vertragserben der Fiscus oder eine andere ihm vielleicht fremde Person seinen Nachlaß erhält. Auch die freie Verfügung unter Lebenden ist nur eine geringe Hülfe, da sie nicht dazu benutzt werden darf, den Erbvertrag zu umgehen, und daher, wenn die Freigebigkeit übertrieben wird, der Anfechtung wegen Dolus ausgesetzt ist. — Hält man sich nun alle Fälle, welche einen Widerruf wünschenswerth und auch nicht unbillig erscheinen lassen, klar vor Augen, so wird sich zeigen, daß der wegen Undankbarkeit, den Eichhorn [52]) nicht abgeneigt ist anzuerkennen, keine genügende Hülfe gewährt, — davon ganz abgesehen, daß es bedenklich ist, eine singulaire Bestimmung, die nur für die Schenkung gegeben ist, auf ein Geschäft, welches keine Schenkung ist, auszudehnen.

Selbst wenn der Wunsch des Erblassers, sich von seinem Vertragserben zu befreien, so dringend und gerecht als möglich ist, sehe ich doch kein ordentliches Rechtsmittel, womit ihm zu helfen wäre; nur einen Ausweg giebt es: ihm in den Fällen, wo die Aufrechthaltung des Erbeinsetzungsvertrags geradezu gegen die Anforderung des Rechtsgefühls und der Verhältnisse seyn würde, mit einer in integrum restitutio zu Hülfe zu kommen. Der schwierige Punkt hierbei ist, daß sich selten oder nie eine Läsion im pecuniären Interesse wird nachweisen lassen; das Harte und Unbillige, welches das eingegangene Rechtsverhältniß mit sich führt, liegt vielmehr in dem unnatürlichen Zustande,

52) Einleitung §. 345.

daß jemand ganz gegen seine Neigung einen Erben behalten soll, den ihm nicht bloß Laune und Wankelmuth lästig machen, sondern den er mit Recht haßt und verachtet, oder den er wenigstens unter Umständen, wie die gegenwärtigen sind, nie zu seinem Nachfolger würde gemacht haben. Wenn man aber auch für das römische Recht eine Läsion im Geldinteresse für nothwendig hält, um eine Restitutio zu begründen, wogegen sich noch manches sagen läßt; so hat doch die deutsche Jurisprudenz dieß Rechtsmittel auch wegen Nachtheile, die nicht das Vermögen betreffen, entschieden zugelassen [53]), wie z. B. die Controverse über die Restitution gegen Ehe und Verlöbniß und die weite Fassung der clausula generalis zeigen. — Ich meine aber nicht, daß die Anwendung der Restitution hier allein nach den allgemeinen Regeln zu beurtheilen sey, etwa wegen Betrugs und Irrthums, wie Eichhorn a. a. O. das verlangt; ich möchte vielmehr eine so ausgedehnte Benutzung dieses Rechtsmittels vorschlagen, daß da, wo die sorgfältige Erwägung der Verhältnisse den längeren Bestand des Erbeinsetzungsvertrags ganz gegen das Wesen des Erbrechts und gegen Rechtsgefühl und Billigkeit erscheinen ließe, — der Erblasser außerordentlicher Weise eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand soll ansprechen dürfen. Ich fühle wohl das Gefährliche dieses Vorschlags, namentlich bei dem Mangel einer der Prätur ähnlichen Behörde, welche für die Entscheidung über die Bewilligung einer solchen Restitution recht geschickt wäre; aber ich sehe darin das einzigste Mittel, ein nicht ganz gelungenes Institut der Doctrin einigermaaßen in eine angemessene Stellung zu bringen.

---

53) Vgl. überhaupt Burchardi, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 7.

Zweites Kapitel.

Der Erbeinsetzungsvertrag in Verbindung mit den letztwilligen Verfügungen des römischen Rechts.

§. 12.

Vertrag und Testament.

Im Allgemeinen unterliegt es keinem Zweifel, daß die römische Testamentslehre als solche in Deutschland recipirt ist, und daß also auch jetzt noch dieses Geschäft als die in bestimmter Form abgefaßte letztwillige Verfügung des Testators über seine Beerbung aufgefaßt werden muß. Wenn dieß aber als die Regel feststeht, so müssen schon ganz besondere Gründe vorliegen, um uns zu veranlassen, davon wieder abzuweichen, und dem Vertrage einen Einfluß auf das Testament einzuräumen, den das römische Recht nicht anerkannte und nicht anerkennen konnte. Nun ist es freilich wahr, daß die Testirfreiheit im heutigen Recht keine so bedeutende Rolle spielt, als bei den Römern; denn durch die Eingehung eines Erbeinsetzungsvertrags kann man sich jetzt derselben mittelbar begeben. Dadurch ist aber das Testament noch nicht in seiner inneren Beschaffenheit geändert, und der Herrschaft des Vertrages unterworfen; es ist noch immer das einseitige, letztwillige Geschäft geblieben, welches es bei den Römern war, und der Erbeinsetzungsvertrag hat nichts weiter mit dem Testament zu schaffen, als daß er im Allgemeinen denselben Zweck und Erfolg hat, wie dieses. Außerdem aber ist in dem deutschen Geschäfte nichts enthalten, was ein Uebergreifen in das Gebiet der römischen letztwilligen Verfügung rechtfertigte; denn wenn man es nicht allein auf die Erbeseinsetzung bezöge, son-

dern auch auf das Testament, welches eine solche enthält, einwirken ließe, so würde man ihm dadurch eine ganz andere Bedeutung beilegen, als es seinem Begriff nach haben soll. Beide Geschäfte stehen vielmehr unabhängig neben einander, demselben Zwecke, wenn auch auf verschiedene Art dienend, und nur der unbegründeten Ansicht, daß in Deutschland der Vertrag das Erbrecht von jeher beherrscht hat, und keine Beschränkung erduldet, ist es zuzuschreiben, daß man hier eine ganz unorganische Verschmelzung beider Institute für möglich hielt.

Der Vertrag ist also auch jetzt noch ohne Gewalt über das Testament, da in dem Begriff und Zweck des Erbvertrags keine solche Abweichung vom römischen Recht begründet wird, und dieß doch der einzige Punkt ist, von wo aus man sie hat rechtfertigen wollen. Das Testament kann also namentlich durch keinen Vertrag unwiderruflich gemacht werden; ein solcher Nebenvertrag bei dem Testament ist durchaus ohne Wirkung. Eine andere Frage ist es, ob jemand sich gültig verpflichten kann, einen andern zu seinem Testamentserben zu machen. Zwar haben wir früher (§. 2. Nu. II.) die Vertragsberedung auch für die Erbverträge bis auf einen gewissen Grad anerkannt; allein das ist ohne Einfluß auf den vorliegenden Fall, weil der Gegenstand der Beredung kein Vertrag, sondern eine testamentarische Erbeseinsetzung seyn soll. Man muß sich vielmehr auf das Bestimmteste für die Verneinung jener Frage erklären. Denn so wenig der Vertrag auf ein schon bestehendes Testament einzuwirken vermag, so wenig kann er über ein noch zu errichtendes irgend eine Gewalt ausüben; wollte man sie ihm auch nur im letzten Fall einräumen, so würde auch dadurch dem Testament sein eigenster Charakter, nämlich der eines widerruflichen letzten Willens genommen.

Das folgt schon daraus, daß in beiden Fällen dasselbe Princip zur Anwendung kommen muß; indirect aber aus Folgendem. Wenn ich mich gegen jemand verpflichte, ihn zu meinem Testamentserben zu machen, so liegt darin die Absicht ausgesprochen, ihm meine Erbschaft aus dem Testament zukommen zu lassen, also auch, so viel an mir liegt, mit der Zusage den erwarteten Erfolg zu verbinden. Machte ich ihn nun zu meinem Erben, und widerriefe dann das Testament wieder, so hätte ich, vorausgesetzt, daß der Vertrag mich band, gegen den guten Glauben und die Absicht des Geschäftes gehandelt. Es liegt also darin stillschweigend ein pactum de non revocando: denn nimmt man dieses heraus, so ist der Vertrag seinem Erfolg nach auf den Willen des Promittenten gestellt, also ungültig. Jenes Pactum aber widerstrebt dem Wesen des Testaments, und kann so wenig indirect als direct auf dasselbe einwirken; das Versprechen, jemanden zum Testamentserben zu machen, begründet also weder einen Anspruch auf die Einsetzung, noch macht es dieselbe, wenn sie geschehen ist, unwiderruflich.

Im Allgemeinen ist nun auch die Doctrin für den Grundsatz, daß der Vertrag keine Macht über das Testament hat. Natürlich gehe ich hier nicht auf die Zeiten zurück, wo man unter den Germanen zuerst die römischen Geschäfte nachzuahmen suchte, und sich nicht bedachte, unter Verfügungen, die fast das Aussehen von Testamenten haben, ein: stipulatione subnixa zu setzen [1]). Wenn auch diese Formel hier einen andern Grund gehabt hat, als das gedankenlose Zusammenhäufen römischer Cautelen: in einem deutschen Princip der vertragsmäßigen Erbfolge, welche erst das Product der modernen Jurisprudenz ist, darf man ihn

1) Form. Marculfi II. 10. 12. — App. form. Marculfi 47.

nicht suchen. Auch fehlt hier die Verbindung mit dem heutigen Recht; denn im ganzen Mittelalter ward der Grundsatz fest gehalten, daß die Testamente, welche neben den deutschrechtlichen Vergabungen herliefen, einseitige letztwillige Verfügungen seyen[2]. Diesem Grundsatz blieb man denn noch lange treu; wo es zur Frage kam, ob ein pactum de non mutando testamento gültig sey, ward es entschieden verneint; ja das geschah selbst dann, wenn ein Eid zur Bestärkung hinzugefügt worden war. Hierin war die ältere Doctrin ganz entschieden[3], und auch darin consequent, daß sie das Versprechen, jemanden zum Testamentserben zu machen, für ungültig erklärte[4]. Im neuern Recht konnte es indessen nicht fehlen, daß die große Vorliebe der Juristen für die absolute Geltung der Erbverträge auch hier einwirkte, indem man den Vertrag, so lange zurückgesetzt, zum Ersatz scheint es für die Vernachlässigung, zum unumschränkten Herrscher im Erbrecht erhob. Wie allmählich und vorsichtig man jedoch dabei zu Werke gegangen ist, zeigt Schilter, bei welchem zuerst das Bestreben, die Grundsätze des deutschen Rechts gegen die des römischen zur Geltung zu bringen, recht bestimmt hervortritt. Wie vorsichtig und behutsam ist er noch in unserm Fall! Die Vorschrift, daß man sich nicht binden könne, letztwillige Verfügungen unwiderruflich zu machen, sey zwar dem römischen Rechte eigenthümlich, und nicht juris gentium et naturalis; auch sey bei den Römern die testamenti

---

2) S. den ersten Theil dieser Schrift S. 248.

3) Bartolus ad L. Stipulatio hoc modo. 61. D. de V. O. initio. — U. Zasius ad h. l. — J. Fichard, consilia I. 56. — II. 58.

4) Baldus ad L. Cum Artemidoram. 4. C. ut in possess. legat. — B. Carpzov., jurispr. for. C. A. P. III. c. 5. def. 22.

factio juris publici gewesen, gehöre jetzt aber zum Privatrecht: daher könne man geneigt seyn, einen Verzicht auf die freie testamenti factio für gültig zu halten. Allein man müsse bedenken, daß wir mit dem römischen Recht auch jene Regel über letztwillige Verfügungen recipirt hätten; Richter und Gesetzgeber möchten daher vorsichtig seyn, und wenn sie jener Regel auch nicht unbedingt folgen wollten, sie doch auch nicht vernachlässigen [5]. Schilter baut nun auch auf diese Einleitung nicht den allgemeinen Satz, daß ein Testament durch Vertrag unwiderruflich gemacht werden kann; sondern benutzt sie nur, um eine von der früheren abweichende Auffassung des wechselseitigen Testaments unter Ehegatten zu rechtfertigen. — Indessen trat S. Stryke in dieser Lehre schon entschiedener auf. In der einen Schrift [6]) handelt er freilich nur von der mittelbaren Beschränkung der Testirfreiheit durch die Erbverträge, und die Abhandlung seines Sohnes über das wechselseitige Testament stützt sich bei der Anwendung des Satzes, daß ein Testament durch Vertrag unwiderruflich gemacht werden könne, hauptsächlich noch auf die eidliche Verstärkung desselben nach canonischem Rechte [7]); aber an einer andern Stelle geht Stryke weiter, und schließt von der Möglichkeit, die Testirfreiheit durch Erbverträge zu beschränken, auch auf die Gültigkeit des Vertrags, durch den man die Widerruflichkeit des Testaments aufgiebt [8]). Noch bestimmter spricht

5) J. Schilter, praxis juris romani. tom. II. exercit. 39. §. 56.

6) S. Stryk., de cautelis testamentorum. cap. XXIV. §. 15. 16. — Der Zusammenhang und namentlich die Berufung auf die deutschen Sitten und Statute, so wie die citirten Schriftsteller beweisen, daß hier nicht speciell vom pactum de non revocando testamento die Rede ist.

7) S. unten §. 13.

8) S. Stryk., Usus mod. ad pand. lib. XXVIII. tit. 3. §. 3.

sich Leyser, den wir schon früher als denjenigen kennen gelernt haben, welcher in der Lehre von den Erbverträgen unmäßig generalisirte, über die Geltung des pactum de non revocando testamento aus. Zwar leitet er dieß zunächst von dem allgemeinen Grundsatze ab, daß jetzt alle Verträge vollgültig sind [9]; aber durch die Stellung dieser Meditationen unter dem Titel de pactis successoriis und durch deren allgemeine Auffassung [10]) zeigt er deutlich, daß er hier einen inneren Zusammenhang zwischen jenem Nebenvertrage und den Erbverträgen angenommen hat. Doch hat auch Leyser, obgleich er den Satz über die Gültigkeit jener Beredung ganz allgemein aufstellt, vorzugsweise das wechselseitige Testament dabei im Auge, für welches er in dieser Beziehung auch schon mehre Vorgänger hatte.

In der neueren Theorie ist man nun wieder auf den strengen Grundsatz der älteren Juristen zurückgekehrt. Biener [11]) hält das pactum de non revocando, durch welches ein Testament als solches unwiderruflich gemacht werden soll, für unwirksam; Hasse [12]) stellt alle Mittelfälle, die zwischen Testament und Erbvertrag gedacht werden können, unter die Regel der römischen Testamentslehre; auch Eichhorn [13]) hat sich in diesem Sinne erklärt. Indem er nämlich im Text sagt, daß das Versprechen, ein errichtetes Testament nicht zu ändern, für keinen Erbvertrag gehalten werden kann, fügt er in der Note *g.* mit einem

---

9) A. de Leyser, meditt. ad pand. spec. 43. med. 7. et 8. — vgl. spec. 359. med. 8. et 9.

10) S. oben S. 17.

11) C. G. Biener, opusc. academ. edd. F. A. Biener. II. Nu. 37. (quaest. cap. XL.)

12) Rhein. Museum für Jurispr. II. 2. S. 208 - 210.

13) Einleitung §. 343.

Blick auf Leyser hinzu, die Praxis gehe hier zu weit, und bemerkt nur noch, daß allerdings die Verwandlung des Inhalts eines bereits errichteten Testaments in einen Vertrag etwas anders sey. Das muß man auch zugeben; denn dadurch wird nicht das Testament als solches modificirt, sondern in ein ganz neues Geschäft umgewandelt, welches direct auf die Beerbung geht, und sich also als Erbeinsetzungsvertrag herausstellt. Pufendorf[14]) erzählt einen Fall, bei welchem diese Verhältnisse zur Sprache kamen. Eine Frau hatte ihre Nichte im Testament zur Erbin eingesetzt, und ihr einige Legate aufgelegt; nachher aber in dem Ehevertrage der Nichte versprochen, zu ihrem Nachtheile im Testament nichts zu ändern. Die Erbin ward nun in ihrem Rechte geschützt, weil es ihr eigentlich aus dem Ehevertrage, und nicht aus dem Testament zustehe; eben deswegen aber auch den Legataren, denen ihr Vermächtniß entzogen worden war, jede Hülfe verweigert. Richtiger wäre es aber gewesen, auch jene Beredung in der Ehestiftung für ungültig zu erklären, da sie dem Testamente, ohne es in ein neues Geschäft umzusetzen, eine Beschränkung auflegen sollte, welche dessen Natur widerstrebt.

Es darf aber nicht verschwiegen werden, daß wir in der ganzen Auffassung des pactum de non mutando testamento den neuesten Schriftsteller über diesen Gegenstand zum entschiedenen Gegner haben. Mühlenbruch[15]) nämlich bejaht ganz unbedenklich die Frage, ob die Unwiderruflichkeit des Testaments durch Vertrag festgestellt werden könne; eine genauere Prüfung seiner Gründe ist daher unerläßlich, und wird die ganze Sache in das ge-

14) Observationes jur. II. 72.

15) In der Fortsetzung von Glück's Pandectencommentar. Th. 38. S. 209 ff. — Vgl. auch Thibaut, System §. 976. Note *d*.

hörige Licht setzen. — Darin kann ich ihm nun zuvörderst durchaus nicht beistimmen, daß von jeher die meisten und gewichtigsten Stimmen derselben Ansicht gewesen sind. Abgesehen von dem schon Vorgebrachten, worauf ich mich beziehen kann, läßt sich das schon aus einer Kritik der von Mühlenbruch angerufenen Schriftsteller darthun. Außer Stryke und Leyser citirt er nämlich noch den Mevius[16]; aber dieser handelt an der angeführten Stelle, wie überhaupt in jenem ganzen Abschnitt, von dem Erbvertrage und nicht von dem Verhältniß der Verträge zum Testament, und nur gelegentlich untersucht er, namentlich in Beziehung auf die Einkindschaft, ob der Erbeinsetzungsvertrag mittelbar die Testirfreiheit aufhebt (a. a. O. Nu. 109-116.). Dagegen, daß Mevius dem Vertrage einen unmittelbaren Einfluß auf das Testament eingeräumt haben sollte, spricht auch die Art und Weise, wie er das wechselseitige Testament behandelt[17]: dieß hält er nämlich unbedingt für widerruflich, so daß er selbst bei dem correspectiven Testamente nach dem Widerruf des einen Theils nur die Disposition des andern erlöschen läßt. — Ebenso wenig spricht Struve für Mühlenbruch's Ansicht; denn an der einen Stelle, welche citirt wird[18], ist von den pactis dotalibus simplicibus und mixtis, an der andern[19] aber von dem Erbvertrage im Allgemeinen die Rede. — Auch das läßt sich noch an äußeren Gründen gegen Mühlenbruch vorbringen, daß, so viel mir bekannt ist, kein einziges Statutarrecht, weder älteres noch neueres, die von ihm vertheidigte Ansicht aufgenommen hat, während die

---

16) D. Mevius ad jus lubec. lib. II. tit. 1. rubr. Nu. 107.

17) l. c. lib. II. tit. 1. art. 10.

18) G. A. Struve, syntagma juris civ. exercit. XXX. th. 19.

19) l. c. exercit. XXXVIII. th. 48.

entgegenstehende einer solchen Stütze nicht entbehrt. Das freiburger Stadtrecht[20]), in welchem Zasius nicht immer seine theoretische Ueberzeugung geltend gemacht hat, erkennt ausdrücklich den Satz an, daß jeder sein Testament wieder abändern könne. Dieselbe Bestimmung findet sich im hamburger Stadtrecht[21]), und das churpfälzische Landrecht schreibt allgemein vor, daß niemand sich verpflichten darf, kein Testament machen zu wollen[22]).

Sehen wir ferner auf die innern Gründe, welche Mühlenbruch für seine Meinung anführt, und die er den "subtilen" Gründen der Gegner entgegensetzt, so geht er zunächst davon aus, "daß man bei der Collision zweier so verschiedener Rechtsbegriffe, wie die Testamente und Erbverträge, am sichersten geht, sich an die einfachsten Regeln zu halten." Man sollte nun meinen, daß hier das sicherste Verfahren darin bestände, jedes Institut in seiner Eigenthümlichkeit anzuerkennen, und gerade, weil sie so verschiedenartig sind, eine Vermischung derselben durchaus abzulehnen. Allein das Gegentheil wird angenommen,

1) weil es zu keinen Verwirrungen oder unauflöslichen

---

20) Freiburger Stadtrecht von 1520. Tract. III. Tit. 5. — — Dann der will des menschen ist fry biß in tod, unnd mag in testamenten nit gebunden werden, er hab sich verpflicht, wie hoch er wöl.

21) Hamburger Stadtrecht von 1603. Th. III. Tit. 1. Art. 37. Ferner mag ein jeglicher sein Testament und letzten willen enderen, mindern, mehren und gantz abthun, so offt er wil, ungeachtet ob er sich eines andern verpflichtet hette. — —

22) Churfürstlich pfälzisches Landrecht von 1582. ren. 1610. (bei von der Nahmer, die Landrechte des Ober- und Mittelrheins. Frankf. 1831. Bd. I. S. 405 ff.) Th. II. Tit. 26. §. 3. Ferner setzen und ordnen wir, daß alle Conträct, die wider gute Sitten seynd — — als an ihnen selber nichtig und krafftloß zu halten und zu erkennen. Als da ihrer zween mit einander — — daß einer kein Testament oder letzten Willen machen wolle, paciscirt und sich verglichen.

Widersprüchen führt, wenn man den Inhalt eines Testaments zum Gegenstande eines Vertrags macht. Selbst wenn dieses nun auch nicht der Fall seyn sollte, so würde damit für ein solches Verfahren noch nicht viel gesagt seyn; — davon später. Zunächst ist zu bemerken, daß Mühlenbruch das Verhältniß, welches hier zur Frage steht, auf die angegebene Weise nicht ganz deutlich bezeichnet hat. Wenn man dasjenige, was in einem Testamente einseitig verfügt worden ist, wirklich zum Gegenstande eines Vertrags macht, und also ein ganz neues Geschäft abschließt, so ist dagegen allerdings nichts zu sagen. Mühlenbruch selbst aber läßt sich einwenden, dadurch verwandle sich ein Testament in einen wahren Erbvertrag, und erwidert: "dies sey nur in Ansehung der Unwiderruflichkeit einer solchen Verfügung wahr, vom Testamente dagegen bleibe ihr nicht nur die Form der Willensäußerung, sondern auch der wesentliche Inhalt." — Dadurch ist also die Frage wieder ganz auf die Gültigkeit des pactum de non mutando testamento zurückgeführt. Daß dieß nun unauflösliche Widersprüche mit sich führen könne, will ich nicht gerade behaupten, aber Verwirrungen und Verwicklungen ganz gewiß. Man denke nur an das vorher aus Pufendorf angeführte Beispiel. Ist ein solcher Vertrag nur mit dem Erben geschlossen worden, und man nimmt dennoch an, daß das ganze Testament bestehen bleiben muß, so ist der Testator ganz gegen seinen Willen aus einem Vertrage gegen Dritte gebunden; soll aber nur die Erbeseinsetzung bestehen bleiben: wie ist es denn, wenn etwa ein Universalfideicommiß aufgelegt worden ist? und kann ein solcher Vertrag auch mit einem andern, als dem Erben geschlossen werden? Wie viel Verwirrung hat schon die Vermischung der römischen letztwilligen Verfügung mit den Eheverträgen und auf der

andern Seite die des Vertrags mit dem wechselseitigen Testament hervor gerufen! Sollte es hier nicht der sicherste Weg seyn, das Verschiedenartige getrennt zu halten, und so die Möglichkeit der consequenten Deduction zu bewahren? Mir will fast scheinen, daß Mühlenbruch selbst sich in unserm Fall von einer Inconsequenz nicht frei gehalten hat. Er giebt nämlich

2) als Grund für seine Meinung an, da jetzt die Erbverträge in Deutschland nun einmal gelten, so müsse, so gut wie jede andere einseitig entworfene Disposition, auch der Inhalt eines Testaments durch Vertrag bestätigt werden können; dazu bemerkt er denn a. a. O. S. 211. Note 62., der Hauptsache nach sey ein solcher Vertrag als wahrer Erbvertrag zu behandeln, und keiner andern Einschränkung unterworfen, als dieser. Vorher hat er aber doch selbst zugegeben, daß es sich hier nur von einem pactum de non mutando testamento handle, und daß das Testament als solches bestehen bleibe. Enthält jene Beredung nun keine bloße Modification des Testaments, sondern einen Erbvertrag, so wird hier dieselbe Erbschaft aus einem doppelten Grunde deferirt: einmal aus dem Testament und dann wieder aus dem Vertrage, was sich juristisch nicht vertheidigen läßt.

Alles weist darauf hin, daß man diese Verbindung von Testament und Vertrag entschlossen von sich weise, und ich werde in den beiden nächsten §§. diesen Grundsatz in seiner besonderen Anwendung auf bestimmte Geschäfte durchzuführen suchen. Hier bemerke ich nur, daß ich die oben (§. 11. Note 28.) erwähnte Ansicht von Mühlenbruch, nach welcher mit dem Erbeinsetzungsvertrage letztwillige Vermächtnisse sollen verbunden werden können, nicht zu theilen vermag. Der Vertrag kann nur das in sich

aufnehmen, was ihm gleichartig ist; das römische Vermächtniß schließt sich entweder an eine testamentarische Erbeseinsetzung an, oder es steht selbständig da, durch eine besondere Form gehalten: eine solche Vermischung der einseitigen Willenserklärung mit dem Vertrage würde zu heillosen Verwirrungen führen. Wenn ich dennoch oben a. a. O. in einem einzelnen Fall zu einem ähnlichen Resultate gelangt bin, so beruhte das auf ganz besonderen Umständen, die ausnahmsweise eine milde Interpretation zu rechtfertigen schienen.

§. 13.

Von dem wechselseitigen Testamente.

Ich bemerke von vorne herein, daß es nicht meine Absicht ist, diese schwierige Lehre erschöpfend zu behandeln, da der Plan dieser Schrift nicht darauf hinführt, und durch die vorzüglichen Abhandlungen von Biener, Hasse und Mühlenbruch gerade hier in neuerer Zeit so Treffliches geleistet worden ist. Ich habe daher das wechselseitige Testament nur insofern ins Auge gefaßt, als es mit der Lehre von den Erbverträgen in Berührung kommt; und wenn dabei auch keine bloß partielle Behandlung ausreichte, sondern das Institut in seinem historischen und dogmatischen Zusammenhange dargelegt werden mußte: so konnte doch in sehr wichtigen Punkten das Detail der Lehre ganz übergangen werden.

Das römische Recht liefert uns für die Lehre von dem wechselseitigen Testamente nur die allgemeinen Grundsätze über die Testamente überhaupt: denn wenn auch in einer Novelle Valentinian's [1]) Andeutungen von diesem be-

1) Const. Nov. Valentiniani III. de testamentis (jus civ. antejust. Berol. II. p. 1320.) — — quamvis in unius chartae volumine supremum votis paribus condidere judicium, septem testium subscriptionibus roboratum.

sonderen Institute vorkommen; so liegt doch kein Grund vor, hier außer der vereinfachten Form etwas Eigenthümliches anzunehmen, und jedenfalls ist das Gesetz nicht in die Justinianische Compilation übergegangen [2]). Auf die ältesten Beispiele, welche in deutschen Quellen von dem wechselseitigen Testamente vorkommen, mag jene Novelle aber immerhin Einfluß gehabt haben; wenigstens bemerkt man in einer der Markulfischen Formeln [3]), welche ein solches Geschäft unter Eheleuten enthält, zu Anfang die genaue Befolgung der römischen Testamentsform, wenn auch im weitern Verlauf manches Unregelmäßige vorkommt, und auch das westgothische Gesetz [4]) enthält Bestimmungen, die auf eine Kenntniß der römischen Verordnung hinzudeuten scheinen. Ich verlasse aber auch diese vereinzelten Andeutungen unseres Geschäftes im ältesten deutschen Rechte, ohne mich auf ihre, doch ziemlich unfruchtbare Erörterung näher einzulassen, weil zwischen ihnen und den spätern Erscheinungen kein Zusammenhang nachgewiesen werden kann. Es war daher ein sehr unhistorisches Verfahren, wenn der jüngere Stryke [5]) aus jenen wenigen und unsichern Fällen der Anwendung wichtige Folgerungen für das heutige Recht herleiten zu können glaubte.

Erst nachdem sich das Studium des römischen Rechts befestigt, und namentlich die letzwilligen Geschäfte einen be-

---

2) Ueber das römische Recht in Beziehung auf das wechselseitige Testament sind zu vergleichen: C. G. Biener, opusc. academ. edd. F. A. Biener. II. Nu. 37. (quaest. cap. XL.) und Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pandectencommentar Th. 35. S. 50 ff. — Th. 38. S. 216. Note 74.

3) Form. Marculfi II. 17.

4) L. Wisigothorum lib. IV. tit. 2. cap. 19.

5) J. S. Stryke, de testamentis conjugum reciprocis §. 74. in S. Stryk. operibus vol. XI. diss. 26. (Francof. et Lips. 1750. fol.)

deutenden Einfluß gewonnen hatten, finden wir das wechselseitige Testament wieder in Wirksamkeit. Oldradus de Ponte ist es, der auch hier dem innern Wesen des Geschäftes zuerst beizukommen suchte, und eine Theorie darüber aufstellte. In einem seiner Consilien [6]) nämlich stellte er den Satz auf, daß ein gemeinschaftliches Testament zweier Ehegatten, wenn auch der Form nach nur ein Testament, für zwei gelte, woraus er denn die wichtige Folgerung ableitet, daß jeder sein Testament frei widerrufen könne, auch nach dem Ableben des andern. Der Hauptgrund, den Oldradus für seine Deduction anführte, daß hier die Analogie der Pupillarsubstitution entscheiden müsse, war nun allerdings nicht glücklich gewählt; aber das hinderte doch nicht, daß seine Auffassung des Geschäftes allgemeinen Beifall fand, und bis zu der späteren germanisirenden Periode der deutschen Jurisprudenz die herrschende Meinung blieb. Fast alle älteren Juristen sprachen sich so aus, größten Theils unter ausdrücklicher Berufung auf Oldradus: so Fichard [7]), Gaill [8]), der auch die Praxis des Reichskammergerichts dafür anführt, Oldendorp [9]), Vultejus [10]), Carpzov [11]), Mevius [12]) u. s. w.

6) Oldradi Pontani Laudensis consilia, Nu. 174. — Dico breviter, licet fuerit unicum pergamentum, in quo ambo conjuges sunt testati, juris tamen potestate duo censentur, sicut duo fuerunt testantes. Sicut dicitur de testamento, in quo pater substituit filio, quod quantum ad aliquid censentur duo testamenta. — — Et sic est etiam in pluribus contrahentibus ut L. 10. C. si certum petatur. Nulli dubium est, quin superstes suum testamentum mutare potuerit.

7) J. Fichard, consilia. I. 38. — II. 76.

8) A. Gaill, pract. observatt. II. 117.

9) Consilia Marpurgensia edd. H. Vultejus. IV. 1.

10) eodem, cons. 21.

11) B. Carpzov, jurispr. for. rom. saxon. P. III. C. 1. def. 11-13.

12) D. Mevius, decisiones IX. 148.

Nun läßt es sich aber nicht in Abrede stellen, daß eine nicht geringe Härte darin liegen kann, wenn zwei Eheleute — denn das sind fast immer diejenigen, welche ein solches wechselseitiges Testament bestellen —, dieses in der Absicht gethan haben, die wichtigsten Angelegenheiten für ihren Todesfall dauernd anzuordnen, und einer von ihnen weicht später von seiner Verfügung ab, und verkehrt dadurch auch die des andern. Das stellt sich denn als besonders hart heraus, wenn der eine Ehegatte schon gestorben ist, sich also nicht mehr in der Lage befindet, den veränderten Umständen gemäß zu handeln, und eben daran denken auch die Juristen gewöhnlich nur, wenn sie von der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit solcher Verfügungen handeln. Auch ist es nicht zu leugnen, daß ein bedeutender Grund für die wenigstens theilweise Gebundenheit der Testirenden aus dem Umstande hergeleitet werden kann, daß ohne allen Zweifel die wechselseitigen Vergabungen unter den Ehegatten, welche im älteren deutschen Rechte so gebräuchlich waren, die Hauptveranlassung zu dieser besonderen Art der Testamente gegeben haben. So wie man nämlich das Ziel der einfachen Vergabungen durch letztwillige Dispositionen zu erreichen suchte, so auch bei den wechselseitigen; ja man hielt diese wohl gar geradezu für Testamente, was namentlich Westphalen[13]) begegnet ist, der, um zu beweisen, daß das lübsche Verbot der wechselseitigen Testamente nie in Kiel gegolten habe, aus dem dortigen Rathsprotokoll einzelne Geschäfte mittheilt, welche eben solche gegenseitige Vergabungen sind. Auch hier zeigt sich also wieder, wie wenig es in der Richtung des älteren Rechts lag, Erbein-

---

13) E. J. de Westphalen, monumenta inedita, tom. III. in praefat. p. 120. 121.

setzungsverträge hervorzurufen, da gerade in einem Fall, wo sie ganz am Platz gewesen wären, statt der alten Vergabung eher ein schwer zu behandelndes fremdes Geschäft angenommen ward, als daß man sich zum Erbeinsetzungsvertrag gewandt hätte, dem man doch so gerne einen altgermanischen Ursprung beilegen möchte. Doch will ich gerne zugeben, daß gerade in diesem Fall die größte Schuld auf Seiten der gelehrten Juristen ist: erst greifen sie, anstatt das alte Institut zeitgemäß und vorsichtig weiter zu bilden, nach einem fremden Geschäfte, welches in dieser Anwendung dem Bedürfnisse des Volkes unmöglich entsprechen konnte; und später, als sich der Mißgriff zeigt, wissen sie nur durch die unpassende Herbeiziehung eines andern Instituts, statt zu helfen, neue Verwirrung zu bereiten.

Spätere Juristen, welche die unangemessene Stellung des wechselseitigen Testaments nicht verkannten, kamen nämlich auf den Gedanken, sie in den Kreis der vertragsmäßigen Erbfolge hineinzuziehen. So faßte namentlich Schilter [14]) die Sache auf, indem er, obgleich im Allgemeinen die freie Widerruflichkeit des römischen Testaments anerkennend, sich die wechselseitige Einsetzung doch nicht ohne einen vorhergehenden Vertrag denken konnte, wodurch dem Geschäft ein ihm ursprünglich fremder Charakter aufgedrückt werden sollte. Schilter wagt es indessen noch nicht, ganz entschieden gegen die communis opinio anzugehen, indem er zuletzt nur daran festhält, daß der Längstlebende allein über sein eigenes Vermögen frei verfügen könne. Das hatten aber auch schon andere Juristen vor ihm behauptet [15]). — Auf eine ähnliche Art, wie Schil-

---

14) J. Schilter, praxis jur. rom. tom. II. exerc. 39. §. 56 - 58.

15) S. consilia Marpurgensia, vol. IV. cons. 1 et 21.

ter, stellte sich der jüngere Stryke zu dieser Lehre, in der oben (Note 5.) citirten Abhandlung. Nachdem er weitläuftig über die Form des wechselseitigen Testaments gehandelt, und dann auch die Lehre von den Erbverträgen vorgetragen hat, kommt er zu den Wirkungen jenes Geschäftes, und kündigt hier mit großer Selbstgefälligkeit eine neue Ansicht an [16]. Nachdem er für diese nun alles so eingeleitet hat, als wolle er die Identität des wechselseitigen Testaments mit dem Erbeinsetzungsvertrage darthun, biegt er a. a. O. §. 79. plötzlich ab, und macht sich Brunnemann's Meinung zu eigen, daß wenn der eine Ehegatte seine Disposition widerrufen habe, die des andern auch nicht mehr bestehen könne, — eine Ansicht, die auch Mevius [17] für das testamentum correspectivum vertheidigt hatte. Nur wenn die Eheleute sich ausdrücklich versprochen haben, ihre Dispositionen nicht zu ändern, so darf dieß nach Stryke auch nicht geschehen, zumal wenn der Eid verstärkend hinzugekommen ist. Zwar wende man dagegen ein, das sey contra substantiam testamenti; aber ohne Grund, weil darin ein argumentum mere civile liege, und nach canonischem Rechte jeder Eid gelte, welcher ohne Verletzung des Seelenheils gehalten werden könne [18].

Auch hier sehen wir also keine consequente Durchführung des angelegten Plans, welcher den Ansichten der Mehrzahl noch immer möglichst angepaßt wird; doch ist die Meinung, welche jene beiden Schriftsteller offenbar für

16) a. a. O. §. 71. De effectu atque revocatione testamenti reciproci — — alia plane nobis arridet opinio, quam quae communis est et communissima, haud aliunde tamen quam ex jure justinianeo petita.

17) D. Mevius ad jus lub. P. II. tit. 1. art. 10. Nu. 39 - 43.

18) a. a. O. §. 80.

die wahre hielten, und nur nicht entschieden auszusprechen wagten, später wieder aufgenommen worden, indem von Bülow und Hagemann in den practischen Erörterungen [19]) mit ausdrücklicher Berufung auf sie den Satz aufgestellt haben, daß jede gleichzeitige, gegenseitige Disposition über die künftige Erbfolge, in einem und demselben Aufsatze gemacht, unter jeder Form für einen wahren Erbvertrag gehalten werden muß, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich festgesetzt worden ist. Das ist nun aber gewiß falsch: eine solche Zurücksetzung der Form und des Ausdrucks bei der Interpretation eines Geschäftes läßt sich nicht entschuldigen, und die romanisirende Auffassung desselben hat auch so lange geherrscht, daß man häufig direct gegen die Absicht der, meistens durch Juristen geleiteten Disponenten angehen würde, wenn man darin immer einen Erbvertrag finden wollte. Selbst einzelne Ausdrücke, welche auf eine vertragsmäßige Abschließung hindeuten könnten, wenn z. B. die Eheleute sagen, sie seyen gesonnen, eine gemeinschaftliche Verfügung zu errichten, — darf man nicht so ohne weiteres auf einen bindenden Vertrag beziehen; es kann darin bloß eine vorläufige Uebereinkunft liegen, wie sie etwa im älteren Recht der Auflassung bei der Vergabung vorher ging, und auch vor einer einseitigen letztwilligen Verfügung gedacht werden kann [20]). Man darf nie vergessen, daß der acquisitive Erbvertrag es direct mit der Erbeseinsetzung zu thun hat, und daß eine Beredung, die sich nur mittelbar darauf bezieht, noch nicht dieselbe Geltung, welche das heutige Recht den Erbverträgen einräumt, für sich in Anspruch nehmen kann. Es läßt sich allerdings

19) IV. 29. §. 7 und 8.

20) Vgl. Hasse im rhein. Museum für Jurispr. III. S. 259-261. — C. G. Biener, quaest. cap. XL. initio.

nicht leugnen, daß ein Testament und auch ein wechselseitiges seinem Inhalte nach zum Gegenstande eines bindenden Vertrags gemacht werden kann; aber er verliert dann seinen Charakter, und geht in ein anderes Geschäft über. Auch das kann man zugeben, daß wenn die Absicht der Parteien unzweifelhaft auf die Abschließung eines Erbeinsetzungsvertrags gerichtet war, das Geschäft als ein solches aufgefaßt werden muß, gesetzt auch, daß die Form eines Testaments gewählt und selbst der Name nicht vermieden worden ist [21]; aber so lange diese Absicht der Parteien nicht klar erwiesen ist, muß man sich schon in Folge allgemeiner Interpretationsregeln an den Ausdruck und die Form halten, und demnach ein Testament annehmen [22]. Der Versuch von v. Bülow und Hagemann, schon aus der Gegenseitigkeit der Verfügung ganz im Allgemeinen einen Erbvertrag zu deduciren, ist nicht gelungen, und leidet auch, abgesehen von der Nichtbeachtung der gemeinen Meinung der Juristen, welche doch regelmäßig die Abfassung solcher Geschäfte in Händen haben, an einer irrthümlichen Vorstellung von der Bedeutung der vertragsmäßigen Erbfolge in unserem Rechte.

Es war jedoch nicht der einzige Versuch, das wechselseitige Testament auf eine wie man glaubte angemessene Weise zu construiren, wenn man es geradezu für einen Erbeinsetzungsvertrag erklärte. Andere Juristen haben schon vor jener Auffassung dem Uebelstande, daß der eine Testator widerrufen kann, ohne daß der andere es erfährt, oder seine Gegenmaaßregeln zu nehmen im Stande ist,

---

21) Vgl. J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle I. 42. — Eichhorn, Einleitung §. 343. Note g.

22) S. Hasse a. a. O. S. 259. — Wiener a. a. O.

auf andere Weise abzuhelfen gesucht. Indem ich hier Mehreres übergehe, hebe ich nur eine Cautel heraus, welche ein belgischer Jurist, Peter Peck aufbrachte. Der eine Ehegatte soll mit ausdrücklicher Genehmigung des andern über ihrer beider Gut zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder allein verfügen; dann bleibt das Testament zwar von Seiten des Testators widerruflich, aber für den andern geht es in einen Vertrag über, und wird unwiderruflich [23]). Diese Cautel fand bei den deutschen Juristen Beifall, und namentlich ward sie von Carpzov [24]) und Mevius [25]) empfohlen, welche sie ganz allgemein faßten, auch wenn keine Kinder eingesetzt worden sind, dafür aber dem Ehemann, wie billig, die Abfassung des Testaments zusprechen. Allein dieß ist nichts weiter, als einer der vielen juristischen Kniffe, womit man in der früheren Cautelarjurisprudenz eine wohldurchgeführte Consequenz glaubte umgehen zu können: denn jeder kann nur über sein Vermögen, nicht über das eines andern testiren [26]). — Auch was J. S. Stryke [27]) vorschlägt, dem wechselseitigen Testament ein pactum de non revocando, und zwar wo möglich eidlich einzufügen, können wir nicht billigen, da sich nach den Erörterungen im vorhergehenden §. eine solche Beredung als unstatthaft herausgestellt hat, und für das wechselseitige Testament, dem wir die allgemeine Natur des Testaments nicht absprechen, kein Grund vorliegt, eine Ausnahme davon

---

23) P. Peck. de testamentis conjugum (Colon. Agripp. 1585.) lib. I. cap. 43.

24) B. Carpzov, jurispr. forens. rom. saxon. P. III. C. 2. def. 13.

25) D. Mevius ad jus lub. P. II. tit. 1. art. 10. Nu. 56.

26) S. Hasse, a. a. O. Heft 4. S. 500. 525. 544.

27) S. oben Note 18.

zu machen. Ob ein Eid in diesem Fall gelte, könnte nach der Stellung desselben im canonischen Recht zweifelhaft seyn; die älteren Juristen verneinten es[28]), und jetzt wird wohl überhaupt Denkweise und Sitte entschieden gegen die Hinzufügung seyn.

Noch eine Ansicht, welche, so viel ich weiß, zuerst von Hommel[29]) aufgebracht worden ist, muß schließlich einer genaueren Prüfung unterzogen werden. Sie bezieht sich nicht auf jede Art der wechselseitigen Testamente, sondern auf ein solches, wo beide Ehegatten über ihr beiderseitiges Vermögen wie über ein Ganzes verfügen, indem sie sich gegenseitig einsetzen, und außerdem noch bestimmen, wer nach dem Tode des Längstlebenden der Erbe seyn soll; — eine Disposition, die ungefähr mit dem zusammenfällt, was man ein correspectives Testament zu nennen pflegt, auf welches man auch die Ansicht von Hommel gewöhnlich bezieht[30]). Sie besteht nämlich darin, daß der Ueberlebende durch die Antretung eines solchen Testaments auch seine eigene Verfügung bindend, und das Ganze daher unwiderruflich mache. Es ist nun nicht zu verkennen, daß sowohl die neueren Juristen, als auch die Praxis sich dieser Auffassung günstig gezeigt haben[31]), so daß man, abgesehen von dem Einfluß, den manche noch dem Vertrage auf das Testament einräumen, sagen kann, um die angegebene Wirkung der Erbesantretung bewege sich jetzt die Meinung der Rechtsgelehrten, mögen sie nun das wechselseitige Testament von einem germanisirenden oder rein römischem Standpunkte aus beurtheilen. Für den Repräsentanten der letzteren

28) S. oben §. 12. Note 3.

29) C. F. Hommel, rhapsodia quaest. I. 166.

30) S. Pütter, a. a. O. I. 42. §. 6.

31) S. Mühlenbruch Commentar, Th. 38. S. 237 ff.

Meinung kann Hasse gelten: er geht von dem Grundsatz aus, daß niemand über das Vermögen eines andern testiren kann; daß in dem angegebenen Fall also nur ein Fideicommiß auf eine fremde Erbschaft gelegt worden ist, welches aber diese nicht weiter in den Kreis der Disposition hineinzieht, als sich in dem eigenen Vermögen ein Aequivalent findet; da, abgesehen von der Schuldenlast, niemand durch einen letzten Willen mehr onerirt als honorirt werden kann. Durch die Erbschaftsantretung erhalte die wechselseitige Einsetzung aber auch nicht den Charakter der Unwiderruflichkeit, weil dadurch nur das Testament als ein ganzes, nicht aber in den Bestandtheilen, die gesetzlich ungültig sind, anerkannt werde, und weil die Antretung nicht die Wirkung eines Erbvertrags habe[32]). Hasse hat diese Deduction, woraus die freie Widerruflichkeit des wechselseitigen Testaments nach dem Tode des einen Theils für den andern rücksichtlich seines eigenen Vermögens folgen soll, ganz allgemein gefaßt, und das correspective Testament mehr bei Seite liegen lassen. Doch sieht man aus einer gelegentlichen Aeußerung, daß er für dieses weiter gegangen ist, so daß durch den Widerruf des Längstlebenden das ganze Testament, also auch die Disposition des vorverstorbenen Gatten, umgestoßen werden soll, wobei er denn gegen die Unzulänglichkeiten, welche dadurch herbeigeführt werden können, durch Cautionen ein Vorsehen treffen will[33]).

Gegen diese Deduction von Hasse hat sich nun Mühlenbruch[34]) erhoben, indem er die von andern der Erbschaftsantretung beigelegte Wirkung in Schutz nimmt. Insoweit sich seine Gründe nun auf die mögliche Beschränkung

32) a. a. O. S. 500 - 549.

33) a. a. O. Heft 2. S. 269. — Heft 4. S. 551.

34) Im Commentar, Th. 38. S. 240 ff.

der Testirfreiheit durch Verträge beziehen, kann ich deswegen auf das Frühere verweisen; ein Hauptgrund aber, den er gegen Hasse geltend gemacht hat, ist näher zu prüfen. Er meint nämlich, der Erbe könne durch seine Willkühr die rechtliche Wirkung des Erbschaftserwerbs nicht vernichten, und Hasse, der das correspective Testament anerkenne, gerathe mit seinen eigenen Grundsätzen in Widerspruch, wenn er Alles nach dem römischen Recht bestimmt wissen wolle, dennoch aber die Vernichtung eines solchen Testaments in Folge des einseitigen Widerrufs dessen, der bereits Erbe geworden sey, eintreten lasse.

Es ist nun allerdings keine Frage, daß man sich immer in einer schwierigen Lage befindet, wenn es sich darum handelt, ein Institut, dem die natürliche und bewußte Ausbildung gefehlt hat, so zu behandeln, daß es mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Uebereinstimmung gebracht wird, und doch ganz die eigenthümliche Färbung, welche es angenommen hat, verliert. Ich wiederhole es hier, daß die wechselseitigen Testamente unter Eheleuten zum Theil die Stelle eingenommen haben, welche dem Erbeinsetzungsvertrage gebührte, und ich kann es für keinen Fehler halten, daß das lübsche Recht 35) und der französische Code 36) sie verboten haben, zumal da beide das angemessenere Institut für diesen Fall ausdrücklich anerkennen. Wollen die Eheleute sich im Vertrauen auf ihre Beständigkeit fest

---

35) Rev. Stadtrecht von Lübeck, lib. II. tit. 1. §. 10. Wann ein Mann und seine Ehefrau ein Testamentum reciproce machen, ob dasselbe wol nach beschriebenen Rechten beständig, so wird doch solch Testament nach Lübischem Rechte nicht zugelassen. — Vgl. lib. I. tit. 6. §. 2.

36) Code civ. §. 968. Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle.

binden, so mögen sie einen Erbvertrag abschließen, und mit gehöriger Vorsicht ihre Notherben, wenn solche da sind, oder noch erwartet werden können, bedenken; ja selbst den Fall einer zweiten Ehe nach dem Tode des einen Theils müssen sie sich vergegenwärtigen. Wollen sie sich aber die Hand frei halten, und der weiteren Anordnung kein Hinderniß gelegt wissen, — nun, so testire jeder für sich, und bedenke sein Gemahl so, wie es ihm eben genehm ist. — Daß aus einer unorganischen Verbindung verschiedener Rechtsmaterien kein Heil kommt, zeigen uns die wechselseitigen Testamente recht deutlich: welche Verwirrung in der Doctrin über ihre rechtliche Beurtheilung! wie schwankt man zwischen den Extremen, Testament und Erbvertrag herum! Und selbst diejenigen, welche namentlich das correspective Testament fest zu machen suchen, sind doch meistens auf halbem Wege stehen geblieben, indem sie zwar die Widerruflichkeit nach dem Tode des *einen* Testators wegen der Wirkung der Erbschaftsantretung leugnen, aber gegen den einseitigen, heimlichen Widerruf, der noch bei Lebzeiten beider etwa durch eine neue Disposition geschehen ist, kaum ein wirksames Mittel vorzuschlagen wissen. — Man kann wohl im Allgemeinen sagen, daß in einigen Fällen und namentlich da, wo ein correspectives Testament vorliegt, besser ein Erbeinsetzungsvertrag geschlossen worden wäre; daß aber in den andern Fällen dem wechselseitigen Testament die getrennte Disposition des Einzelnen vorzuziehn ist. Wenn es sich um die Anordnung dauernder Verhältnisse handelt, indem nicht allein die gegenseitige Beziehung der Eheleute unter einander, sondern auch die zu ihren Verwandten und Freunden Gegenstand der Disposition wird, wenn also nicht allein die Begünstigung des Genossen, sondern auch der eigene Vortheil und die spätere Stellung zu an-

deren werthen Personen in Betracht kommen, so ist der Erbvertrag an seinem Platze. Wie unpassend, hier die Form eines Geschäftes zu wählen, welches doch sicherlich dem Princip nach in der freien Willkühr jeder der beiden Disponenten steht! Auf der andern Seite verlockt aber doch ein wechselseitiges Testament, auch wenn es kein correspectives ist, nur zu leicht zu dem Wahne, daß ein bindendes Element darin liege, und während der Gewissenhafte sich, wenn auch ungerne und ohne Rechtsnothwendigkeit daran hält, unterwirft ein anderer es seiner willkührlichen Veränderung. Hier scheint es besser, wenn beide Ehegatten sich die Hand offen halten, womit ja gar nicht gesagt ist, daß der eine nicht die liebevollste Rücksicht auf das Beste und den Wunsch des andern nimmt. Aber auch hier möchte es sich denn doch auch manchmal zeigen, um dieß nur beiläufig zu erwähnen, daß die Römer nicht ohne Grund die captatorischen Erbeseinsetzungen zu verhindern trachteten.

Kehren wir nun wieder zu jenem Streite zwischen Hasse und Mühlenbruch zurück, so liegt allerdings scheinbar etwas Hartes darin, daß bei dem correspectiven Testamente der Ueberlebende die ganze Disposition in seiner Willkühr haben soll; nur wird dieß auch dadurch nicht ganz gehoben, wenn man annimmt, daß die Antretung der Erbschaft ihn bindet: denn ist er vorsichtig, so wird er sich schon nach dem umsehen, was sein Vortheil mit sich bringt. Aber er tritt vielleicht an, in der Absicht dabei zu bleiben, später ändert er seinen Willen, und widerruft seine Disposition. Bliebe ihm nun doch dasjenige, was der Verstorbene ihm zugewandt hatte, so würde das allerdings gegen dessen offenbare Absicht, und die fromme Berücksichtigung der Personen, welche ihm lieb waren, würde erfolglos seyn. Das ältere Recht schützte sich gegen diesen Einwurf mit all-

gemeinen Sätzen: qui jure suo utitur, neminem laedit; oder: vigilantibus jura scripta sunt [37]); aber die spätere Doctrin seit Mevius war milder, und ließ in diesem Fall durch den Widerruf des Längstlebenden auch die Disposition des Verstorbenen erlöschen, wodurch denn jener freilich zum Nachdenken gebracht werden konnte, und außerdem noch diejenigen zur Succession des Vorverstorbenen gerufen wurden, die er wahrscheinlich hatte begünstigen wollen, — seine gesetzlichen Erben. Das ist nun aber nur wahrscheinlich, und also auch in diesem Fall das Mittel unvollkommen; die Sache stellt sich jedoch jedenfalls billiger, als wenn der, welcher widerrufen hat, den Nachlaß bekäme. — Gerade diese Vernichtung des ganzen Testaments nach der Antretung hält Mühlenbruch aber für inconsequent und unjuristisch, denn niemand könne die Wirkung der Erbschaftsantretung durch einseitigen Rücktritt wieder aufheben. So allgemein gefaßt, sieht dieß nun auch ganz unwiderleglich aus; allein man muß doch bedenken, daß der Widerruf nicht direct auf die Antretung geht, sondern daß deren Aufhebung nur die Folge davon ist; es fragt sich hier also, ob man einen im Allgemeinen gültigen Act deswegen für unstatthaft erklären muß, weil er etwas zur Folge hat, was man nicht direct thun darf? Bedenkt man nun, was Hasse über die Bedeutung der Erbschaftsantretung im Allgemeinen beigebracht hat, und dann noch die besondere Stellung des correspectiven Testaments; so scheint die Antretung eines solchen nichts mehr enthalten zu können, als die eigenthümliche Beschaffenheit des Geschäftes es nothwendig erheischt. Da nun hier ein doppelter Wille,

---

37) S. z. B. B. Carpzov, jurispr. for. rom. sax. P. III. c. 2. def. 12.

wenn auch formell in Eins zusammen geflossen vorliegt, so muß man entweder annehmen, in der Antretung liege der Verzicht auf die Abänderung der eigenen Disposition, oder sie habe eine beschränktere Wirksamkeit. Der ersteren Auffassung steht entgegen, daß ein Verzicht nicht präsumirt wird, und daß man sich der Revocation eines letzten Willens durch einen ausdrücklichen Vertrag nicht begeben kann, und also auch nicht durch einen Quasicontract. Daß hingegen jemand eine Erbschaft antritt, und doch noch die Freiheit behält, durch eine damit nicht direct in Verbindung stehende Handlung diesen Act in seinen Folgen wieder aufzuheben, scheint nicht unjuristisch zu seyn, und läßt sich auch insofern wenigstens durch eine Analogie aus dem römischen Rechte befestigen, als hier die mit einer negativen Potestativbedingung versehene Erbeseinsetzung durch die Antretung sogleich zum Effect gebracht wird. Was in diesem Fall die Bedingung bewirken kann, bringt in dem unsrigen die ursprüngliche Natur des Geschäftes hervor, welche der Verstorbene, der es wählte, nicht ganz besiegen konnte. So wie aber die Römer nur durch Herbeiziehung der cautio Muciana für die Erbeseinsetzung [38]) zu einem solchen Resultate gelangen konnten, so wäre auch bei dem correspectiven Testament eine ähnliche Sicherungsmaaßregel nachzubilden.

Um nun noch kurz die Stellung des wechselseitigen Testaments in den Statuten zu erwähnen, so liefern diese entweder ein getreues Abbild von der jedesmals herrschenden Theorie, oder sie zeigen das Bestreben, dem Geschäft durch eine eigenthümliche Auffassung eine angemessene Gestalt zu geben. Zu der letzteren Art gehört das würtem-

---

38) S. L. 7. pr. D. de condit. et demonstrat.

bergische Landrecht [39]), nach welchem der einseitige, heimliche Widerruf einer solchen Disposition die Aufhebung der gegenüberstehenden Erbeinsetzung bis zum Pflichttheil nach sich ziehen soll. Im hamburger Stadtrecht [40]) ist die alte

39) Würtemb. Landrecht von 1609. Th. III. Tit. 7. De mutuis testamentis und sonderlich von Testamenten der Eheleut. Als Uns auch angelangt, daß der jhenigen Testamenten halben, die von den Eheleutten sambtlich in einem Libell oder Schrifft verfertigt, darinn je eins von dem andern auff den Fall seines Vorabsterbens zum Erben seiner gantzen Verlassenschaft oder allein eines Theils derselben eingesetzt, mehrmalen Stritt fürgefallen, und in Zweiffel gezogen worden, ob solche mit beeder Eheleut vereinbartem Willen beschehene mutuae vel reciprocae dispositiones, und gegen einander beederseits gethone Erbsatzungen und Geschäfft von dem einen Ehegemächt mögen widerrufft werden? So ordnen Wir hiemit, daß einem jeden Ehegemächt sein Testament, Erbsatzung und Geschäfft in seinem Gut beschehen, durch Auffrichtung eines andern Testaments oder in andere rechtmäßige Wege zu widerruffen und auffzuheben ohnbenommen: Jedoch solches ohne des andern Ehegemächts vorwissen, wofern die vorhabende foderung zu dessen nachthail und schaden geraichen thet, oder ohn besondere erhebliche Ursachen, als da seyen harte ohnverantwortliche Tractation, stehtiger Ohnfried und Widerwille, Zwang und Nöthigung zu vorhergangnem Testiren, auch alle so zur Enterbung genugsamb und andere dergleichen — — mit nichten geschehen soll. Da auch eine solche, heimlicher weise und ohne genugsame Ursachen fürgenomne widerruffung offenbar würde, Soll als dann das widerruffend Ehegemächt alles was ihme in solcher gesambter Disposition über den schuldigen Pflichttheil verschafft gewesen, zu straff verwürckt haben.

40) Hamb. Stadtrecht von 1603. Th. III. Tit. 1. Art. 17. Ob auch eine Fraw, mit sampt ihrem Manne ein Testament machet, das soll sie thun nach dieser Stadt Recht, durch ihren gebührlichen Vormundt, Und würde ihrer jemandts letzter wille mit Recht geschwechet, geendert oder widerruffen, durch ursachen, so dem andern theil nicht belangen, das mag des andern letzten willen nicht hindern, es were dann unmöglich, daß das eine ohne das andere könte außgerichtet oder vollen zogen werden." — Daß der Schluß dieser Stelle in dem gegebenen Fall nicht die Ungültigkeit des Widerrufs, sondern die der nicht widerrufenen Verfügung vorschreibt,

Theorie der unbedingten Widerruflichkeit festgehalten, welche nur dann die andere Disposition mit aufhebt, wenn diese ohne jene nicht bestehen kann. Das trifft denn wohl meistens das correspective Testament, für welches das bairische Gesetzbuch [41]) diese Bestimmung auch ausdrücklich gegeben hat, während es sonst bei der alten Theorie bleibt. Das preußische Landrecht hingegen ist doch, wenn es diese Lehre auch in manchen Punkten selbständig behandelt, und namentlich den ganzen Inhalt des Testaments bis auf einzelne Vermächtnisse durch den einseitigen Widerruf erlöschen

---

scheint mir schon aus den Worten hervorzugehen. Mühlenbruch im Commentar Th. 38. S. 239. Note 12. nimmt jedoch das Erstere an; gegen diese Erklärung spricht aber die herrschende Theorie, unter deren Einfluß das Statut abgefaßt worden ist, und ganz entschieden a. a. O. Art. 19. "Es soll auch auff obgesetzten fall, wenn zwey Eheleute zusammen ein Testament machen, und hernacher derselben einer verstirbet, als dann dem überlebenden Ehegatten vergönnt und zugelassen seyn, von seinem antheil Güter ein ander Testament auffzurichten, und das vorige so weit zu endern." Hier ist der einseitige Widerruf sogar nach dem Tode des einen Ehegatten dem andern gestattet, und zwar unbeschadet der Disposition des ersteren. Mit uns stimmt denn auch überein Mevius ad jus lub. lib. II. tit. 1. art. 10. Nu. 44. — Indessen hat die Praxis auch in Hamburg die spätere Theorie über die testamenta correspectiva angenommen; s. Gries, Commentar zum hamburger Stadtr. II. S. 185 ff. Uebrigens bin ich nicht der Meinung dieses Schriftstellers (a. a. O. S. 181.), daß die testamenta reciproca noch den neuesten Statuten unbekannt gewesen, und an ihrer Stelle stets die wechselseitigen Vergabungen (a. a. O. Art. 18.) gebraucht worden sind. Es werden wohl die Ehegatten selten in demselben Testament ohne eine gewisse Reciprocität testirt haben: gegen Gries spricht denn auch entschieden der Schluß von Art. 17., aus welchem die enge Beziehung, in der solche Dispositionen zu einander stehen konnten, hervorgeht. Damit leugne ich aber nicht, daß die Vergabung von Todes wegen häufig das wechselseitige Testament ersetzt habe, ja das ursprüngliche Institut war, mit welchem das letztere concurrirte.

41) Codex max. bav. civ. Th. III. Cap. 4. §. 10 und 11.

läßt [42]), darin der neueren Theorie gefolgt, daß das correspective Testament durch den Antritt des Längstlebenden auch für ihn fest wird [43]). Das österreichische Gesetzbuch vertritt wieder die ältere Richtung in dieser Lehre, und gestattet den unbedingten Widerruf des einen Theils, ohne daß die Disposition des andern darunter litte [44]). Beide Gesetzbücher beschränken das Geschäft aber wie billig auf Ehegatten [45]).

§. 14.

Ueber pacta dotalia simplicia et mixta.

Diese Eintheilung schreibt sich von den Bemühungen der älteren Juristen her, die Erbeinsetzungsverträge, welche in Ehestiftungen vorkamen, aufrecht zu erhalten, ohne dem Verbot des Erbvertrags im römischen Rechte entgegen zu

---

42) A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 485. Dergleichen wechselseitige Testamente, in so fern dieselben nicht etwa als ein wirklicher Vertrag errichtet, und mit der bey Erbverträgen vorgeschriebenen Form versehen sind, werden schon durch den Widerruf eines der Ehegatten vernichtet. §. 486. Hat jedoch der andere Ehegatte weder seines Orts ausdrücklich widerrufen, noch eine andre letztwillige Verordnung errichtet: so bestehen diejenigen Vermächtnisse, welche er in dem wechselseitigen Testamente andern als solchen Personen, die bloß mit dem Widerrufenden als Verwandte oder besondre Freunde verbunden sind, ausgesetzt hat.

43) a. a. O. §. 492. Nimmt er die Erbschaft aus dem Testamente an: so kann er auch von seinen eignen Verordnungen nicht wieder abgehn; in so fern aus der Fassung, oder aus den Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß in Rücksicht auf diese Verfügungen zugewendet habe.

44) Oesterr. Gesetzbuch. §. 1248. Den Ehegatten ist gestattet, in einem und dem nehmlichen Testamente sich gegenseitig, oder auch andere Personen als Erben einzusetzen. Auch ein solches Testament ist widerruflich; es kann aber aus der Widerrufung des einen Theils auf die Widerrufung des andern Theils nicht geschlossen werden.

45) A. L. R. a. a. O. §. 482. — Oesterr. Gesetzbuch. §. 583.

treten. Johann Sichard glaubte nämlich darin einen Ausweg zu finden, wenn er die Bestimmungen der L. 19. C. de pactis auf diesen Fall anwandte, und stellte demnach den Satz auf: Eheverträge, in welchen eine Erbeseinsetzung vorkommt, sind eine Art Testament und haben die Kraft letztwilliger Verfügungen, so daß sie auch einseitig widerrufen werden können [1]). Diese Ansicht, welche durch eine Stelle des Bartolus [2]) hervorgerufen seyn mag, erregte bald allgemeine Aufmerksamkeit unter den Juristen. Ich habe schon oben (§. 7.) nachgewiesen, wie Joh. Fichard sich zu ihr stellte, und wie er sie wenigstens in seinen legislativen Arbeiten benutzte; noch entschiedener nahmen sich die sächsischen Juristen ihrer an. Matth. Wesenbeck [3])

---

1) Joh. Sichard ad L. Pactum dotali. 3. C. de collationibus. Der Erbvertrag ist nach römischem Rechte contra bonos mores. Ex quo oritur quaestio pulcerrima sed difficillima, quo pacto hodie sustineantur pacta illa de succedendo in contractibus matrimonialibus, ubi saepissime videmus sic caveri, ut mortuo altero ex conjugibus superstes totum habeat, vel tantum habeat, vel ut pars bonorum perveniat ad proximos agnatos. Quae pacta sine controversia sunt de futura successione, an sint toleranda vel an sint valida. *Neminem video, qui ad hoc recte respondeat: vos autem dicite singulariter, quod illi contractus matrimoniales habeant quandam speciem testamentorum, vel ad minimum ultimae voluntatis.* Ita habemus gl. sing. fin. in L. Licet. (19. C.) supra de pactis; et ideo defertur illo casu hereditas non vi pacti, quia pactis non potest deferri hereditas, sed defertur vi cujusdam ultimae voluntatis. — — Ex quo aliud sequitur, quod si habent instar ultimarum voluntatum, *quod semper possunt revocari* per eos, qui sic contraxerunt. — —

2) Bartolus de Saxoferrato ad L. Licet. 19. C. de pactis. Ubi fit pactum de ad invicem succedendo, et fit inter milites, pactum tale habet vim ultimae voluntatis, secus si fiat inter privatos.

3) Matth. Wesenbeck., paratitla in T. D. de pactis dotalibus. Nu. 4.

handelte solche Erbeseinsetzungen in Ehestiftungen ganz unter dem angegebenen Gesichtspunkte ab, indem er für sie, wie für jede letztwillige Verfügung die Codicillform verlangte; womit sich denn recht wohl seine Behauptung vereinigen ließ, daß auch die mortis causa donatio in einem solchen Geschäfte zulässig sey. Daran schloß sich Carpzov[4]) an, welcher jedoch mit Beziehung auf das sächsische Recht[5]) drei Arten der pacta dotalia annahm: per modum contractus, in vim ultimae voluntatis et judicialiter facta. Die beiden letzten Arten unterscheiden sich nach Carpzov eigentlich nur hinsichtlich der Form, je nachdem die Disposition vor Zeugen oder vor Gericht abgefaßt worden ist, ohne daß man im letzten Fall gerade an eine m. c. donatio zu denken hat, obgleich Wesenbeck auch hier die Frage aufwarf, ob eine solche Schenkung der Insinuation bedürfe. Die erste Art aber enthält schon einen Uebergang auf den Erbeinsetzungsvertrag, nur daß Carpzov auch hier bei der ihm von Hartm. Pistoris angegebenen Auffassung derselben blieb, und sie nur anerkannte, wenn de bonis, nicht aber wenn de hereditate seu successione paciscirt worden war.

4) B. Carpzov., jurispr. for. rom. saxon. P. II. C. 43. def. 1 - 11.

5) C. A. P. II. C. 43. Nachdem die Ehestiftungen contract seyn, so ist es auch genug, wann zween Zeugen oder drey dabey gewesen; da es aber mit den Ehestiftungen die Gelegenheit hätte, daß sie in vim contractus nicht können erhalten noch beschützt werden, als da die Erbschafft auf den Todesfall darinnen vermacht, und es seynd fünff oder mehr Zeugen darbey gewesen, so sollen solche Ehestifftungen in vim ultimae voluntatis kräfftig erkant werden. Also auch wann die Ehestifftungen in gleichen Fällen als pacta nicht können Statt haben, und sie würden in Beysein beyder Theil gebührlich insinuirt, und gerichtlich eingeschrieben, so sollen sie auch kräfftig erkannt werden. Vgl. Haubold, königl. sächs. Privatrecht. §. 85.

Je mehr nun die Lehre von den Erbverträgen namentlich auch in Ehestiftungen sich festsetzte und der Doctrin geläufig ward, desto entschiedener trat die Interpretation derselben als letztwilliger Geschäfte zurück, was auch um so natürlicher war, da die Absicht der Parteien fast nie auf die Anordnung einer solchen Disposition gerichtet war, und die ganze Auffassung mit der ehrfurchtsvollen Scheu vor der Heiligkeit des römischen Rechts zusammen hing. Man kam also bald dahin, eine doppelte Art der Ehestiftungen anzunehmen, welche beide eine Erbeseinsetzung enthalten sollten, die eine aber in vim contractus, die andere in vim ultimae voluntatis. Dasselbe bezeichnet die Eintheilung derselben in pacta dotalia simplicia et mixta, deren Urheber ich aber nicht angeben kann [6]). Kaum hatte man dieß aber gewonnen, so zeigte sich die Doctrin gegen die pacta dotalia mixta sehr feindlich gesinnt. Schon Mevius [7]) nahm an, daß die Präsumption für einen wahren Erbeinsetzungsvertrag in Ehestiftungen sey; Stryke [8]) suchte freilich noch die Unterscheidung des Pistoris, ob von einer Succession und Erbschaft oder bloß vom Vermögen die Rede gewesen sey, fest zu halten: aber Leyser [9]) eiferte heftig gegen die pacta dotalia mixta, welche den Grundsätzen des deutschen Rechts über die Heiligkeit der Verträge widerstrebten, und wenn er auch wegen der constans praxis dieß monstrum ex juribus partim Germanico partim Romano conflatum anerkennen mußte, so verwarf er doch die

---

6) Stryke, im Usus mod. lib. XXIII. tit. 4. §. 3. nennt sie schon eine bekannte Eintheilung der Praxis: inde in praxi notissima est distinctio inter pacta dotalia simplicia et mixta.

7) D. Mevius ad jus lub. lib. II. tit. 2. art. 12. Nu. 375.

8) S. Stryk., de cautelis contractuum. sect. III. c. 8. §. 18-20.

9) A. de Leyser, meditt. ad pand. spec. 308. med. 3 et 8.

vielleicht zufällige Wortfassung als das Kennzeichen, um beide Arten aus einander zu halten, und erklärte sich im Zweifel für den wahren Erbvertrag. Ja er führt aus seiner eigenen Erfahrung an, die Abneigung gegen die Auffassung dieser Geschäfte als letztwilliger Verfügungen sey so groß, daß er kaum einen Fall wisse, wo man sich dafür ausgesprochen habe. In Uebereinstimmung mit Leyser sprachen sich noch manche Juristen aus [10]), bis endlich J. H. Böhmer [11]) auftrat, die ganze Eintheilung der pacta dotalia in simplicia und mixta verwarf, und den letzteren jede juristische Geltung absprach. Er führt zuerst die verschiedenen Meinungen der Juristen über diese Geschäfte auf, denen es gemeinschaftlich sey, daß ihre Unterscheidungen den Charakter der Willkühr trügen, und auf Ausdrücke und Formeln Gewicht legten, die in der Regel ohne allen Zusammenhang mit der Absicht der Parteien ständen (a. a. O. §. 1 und 2.). Namentlich tadelt er auch, daß man seine Zuflucht zu einer m. c. donatio genommen habe, um für die pacta dotalia mixta einen Anhalt im römischen Rechte zu finden; es sey dieß eine Aushülfe gewesen, die um so weniger zureiche, da das römische Recht die Schenkung Todes halber nicht mit dem Ehevertrage in Verbindung gebracht habe, und es sich hier um ein eigen=

---

10) T. J. Reinharth., selectae observationes ad Pauli Christinaei decisiones. II. 28. — C. F. Hommel, rhapsod. quaest. I. 203.

11) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. lib. XXXIII. tit. 4. tom. IV. exercit. 71. De successione hereditaria conjugum ex pactis dotalibus. cap. 2. §. 11. Haec distinctio merum glossatorum et causidicorum inventum, qui ex verborum inani captione magnam, sine solido legum fundamento, jurium effinxerunt differentiam, hunc in finem, ut, prout ipsis fuerit visum, pacta haec facile evertere, et ex uno forsan verbo lites inanes excitare queant.

thümliches deutsches Institut handle, nämlich um wahre Erbeinsetzungsverträge, welche ihre Quelle nur im deutschen Recht fänden (§. 3 - 5.). Wenn daher ein solches Geschäft vorliege, so werde es von den allgemeinen Grundsätzen, welche für die Verträge gelten, beherrscht, und namentlich sey weder die Codicillform hier nothwendig, noch die Unwiderruflichkeit zu bezweifeln (§. 6 ff.). Diese Ansicht hat sich denn auch immer mehr Bahn gemacht. Zwar konnte noch v. Kreittmayr[12]) sich so sehr vergessen, daß er die Eintheilung, welche doch nur für Ehestiftungen berechnet war, zu einer allgemeinen für alle Erbverträge machte; aber schon Pütter[13]) respondirte im Namen der göttinger Juristenfacultät ganz in Böhmer's Sinn, und Strube[14]) nimmt sogar an, daß auch da, wo pacta dotalia mixta gesetzlich eingeführt sind, doch die Unwiderruflichkeit derselben gültig beredet werden kann, gesetzt auch, daß man 5 Zeugen hinzugezogen habe, was zuweilen ohne Noth geschehe. Derselben Meinung ist auch Eichhorn[15]), jedoch mit der allerdings nothwendigen Beschränkung, daß einer solchen Beredung von den Statuten nicht ausdrücklich die verbindende Kraft entzogen sey, wie es z. B. im frankfurther Stadtrecht der Fall ist.

Betrachtet man nun noch die Statute, so giebt es freilich einige ältere, welche die pacta dotalia mixta anerkannt haben, und einen Erbeinsetzungsvertrag in Ehestiftungen nicht zulassen[16]); aber bei Weitem die Mehrzahl hat dem

---

12) von Kreittmayr, Anmerkungen zum cod. max. bav. civ. Th. III. Cap. 11. §. 1. Nu. 1.

13) J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle, I. 46.

14) D. G. Struben rechtliche Bedenken. II. 63.

15) Eichhorn, Einleitung. §. 347.

16) Solmser Landrecht von 1571. Tit. 18. bei von der Nah=

Vertrage hier sein Recht widerfahren lassen, und erwähnt jene romanisirende Auffassung entweder gar nicht, oder hebt ausdrücklich die Abweichung davon hervor [17]). — Diese Erscheinung zeigt nun deutlich, daß jene Vermischung der letztwilligen Verfügung mit dem Ehevertrage nur einen bloß äußerlichen Grund hatte, und daß sie ebenso wenig dem Bedürfniß des Volkes als einer gesunden Jurisprudenz entsprach. Man darf sich daher unbedenklich an Böhmer's Meinung anschließen, und die pacta dotalia mixta von dem Gebiete des gemeinen Rechts ganz verbannen. Kann

---

mer, die Landrechte des Ober= und Mittelrheins (Frankf. 1831.) I. S. 45. — Frankfurth. Reformation. Th. III. Tit. 2. §. 4 und 5. — Lüneburger Stadtrecht P. III. tit. 5. bei Pufendorf, observatt. jur. IV. in app. Nu. 21. — Const. Aug. P. II. C. 43. (vgl. die Decision von 1746. Nu. 13.) — Wildenburger Landrecht von 1603. Th. II. Cap. 16. §. 5 und 9. bei Maurenbrecher, die rheinpreußischen Landrechte. II. S. 373 ff.

17) Freiburger Stadtr. von 1520. Tract. III. Tit. 2. — Hamburger Stadtr. von 1603. Th. II. Tit. 11. Art. 11 und 12. — Würtemberger Landr. von 1609. Th. III. Tit. 8. — Churpfälz. Landr. von 1610. Th. III. Tit. 5. (Jeden Zweifel über den Inhalt dieses Gesetzes hebt der Schluß desselben: "Es were dann, daß sie mit beyder eheleut wissen und willen geendert oder abgethan weren.") — Nassau=Catzenelnbogische Land=Ordnung von 1616. Th. IV. Cap. 6. §. 2 und 3. bei von der Nahmer a. a. O. I. S. 113 ff. — Gewohnheitsrecht der Stadt Landau. §. 4. a. a. O. II. S. 871 ff. — Landgerichtsordnung des hohen Stifts Würzburg von 1618. Th. III. Tit. 100. §. 4. — Churkölnisches Landrecht von 1663. Tit. VIII. §. 2. bei Maurenbrecher a. a. O. I. S. 383 ff. — Churtriersches Landrecht von 1668. Tit. VI. §. 2. a. a. O. II. S. 49 ff. — Churmainzisches Landrecht von 1755. Tit. I. §. 1. bei von der Nahmer a. a. O. II. S. 683 ff. — Manderscheid=Blankenheimische Rechtsordnung von 1768. Tit. V. §. 3. bei Maurenbrecher a. a. O. S. 305 ff. — Stadtrecht von Wimpfen von 1775. Th. I. Tit. 3. §. 4. bei von der Nahmer a. a. O. II. S. 1044 ff. — Preuß. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 440. — Oesterr. Gesetzbuch. §. 1254.

man sich aber von der einmal hergebrachten Eintheilung nicht trennen, so wird man am besten mit Thibaut[18]) die m. c. donatio wieder hineinziehen, obgleich dieß, wie Böhmer schon bemerkt hat, von jeher nur eine Nothhülfe war, welche sich auch bei dem wechselseitigen Testamente zeigt[19]), und außerdem noch, wenn Schenkungen von Todes wegen überhaupt in Ehestiftungen häufig vorkommen sollten, hier wohl eine passendere Terminologie gefunden werden könnte, als die obige, welche zu dem Mißverständnisse Veranlassung giebt, als sey von dem letztwilligen Erbeinsetzungsvertrage der früheren Theorie die Rede.

18) System des Pandecten = Rechts. §. 373. 8. Ausg.

19) S. Hasse im rhein. Museum für Jurispr. III. 4. S. 495.

Bayerische Staatsbibliothek München

Druckfehler.

S. 19. Z. 5. statt: leicht lies: nicht leicht
— 31. Note 3. Z. 5. statt: 31. cap. 1. §. 13. lies: 28. cap. 2. §. 4.
— 50. Z. 7. statt: Geschäftsact lies: Geschäftstact
— 62. Note 51. Z. 3. statt: vol. 10. lies: vol. IV.
— 113. Note 11. statt: §. 3. Note 3. lies: §. 3. S. 89 ff.
— 118. Z. 2. von unten statt: der richtigen lies: die richtige
— 150. Note 4. Z. 4. statt: concessio lies: successio
— 155. Note 13. Z. 2. statt: vol. XI. lies: vol. XI. diss. 26.
— 187. Note 23. statt: §. 2. lies: §. 2. Note 55.
— 194. Note 40. Z. 6. statt: (in) Ußgedinge lies: uß Gedinge.
— 220. Z. 25. statt: den lies: von den
— 265. Z. 18. statt: ein offenbarer lies: einen offenbaren
— 281. Z. 10. statt: Intestaterbe lies: Vertragserbe
— 283. Z. 17. statt: nun lies: nur
— 292. Z. 10. statt: Platz wieder lies: wieder Platz
— 298. Note 19. Z. 4. statt: ganz lies: ganze
— 313. Z. 12. statt: Fassung lies: Auffassung
— 336. Z. 17. statt: doch ganz lies: doch nicht ganz

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum
Digitale Bibliothek

Beseler, Georg,

Die Lehre von den Erbverträgen

Bd.: 2,1

Göttingen 1837

J.germ. 10 r-2,1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10550660-0